



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

António José de Amaral Cabral Vaz de Castro

**A IDENTIFICAÇÃO DA NATUREZA PENAL DE UMA
CONSEQUÊNCIA JURÍDICA NO DIREITO PORTUGUÊS
O CONFISCO DAS VANTAGENS DO FACTO ILÍCITO-TÍPICO
COMO PONTO DE PARTIDA E PONTO DE CHEGADA**

**Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, Ramo de Ciências Jurídico-
Criminais, orientada pelo Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

Dezembro de 2021

página intencionalmente deixada em branco

A ti, Fátima, minha mãe.

página intencionalmente deixada em branco

*O começo de todas as ciências é o
espanto de as coisas serem o que são.*

Aristóteles

página intencionalmente deixada em branco

Agradecimentos

Em primeiro lugar, quero agradecer à minha família e aos meus padrinhos por todo o incondicional apoio, que sempre se manifesta em forma de amor.

Em especial, quero agradecer à minha mãe, Fátima Cabral. Sinto-me agora a tocar na essência da gratidão. É assim perpetuamente inevitável e bom dedicar-te estas palavras, Mãe. A montanha mágica que acabo de descer permitiu que vislumbrasse o mundo da filosofia, à qual tens dedicado a vida. É belo e apetece estar, como quando contemplamos o canal entre o Pico e o teu São Jorge, que tantas vezes foi pano de fundo deste caminho que agora termina. Ensinaste-me a aprender. Deste-me assim tudo para voar. Algo eterno, como este sentimento de gratidão, que sempre te terá como sua umbilical imagem.

Este desejo de conhecer pede naturalmente uma liberdade, que esteve sempre presente ao longo deste percurso, e que foi, portanto, plenamente realizada. Tal só foi possível pela confiança demonstrada pelo Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro, o orientador deste estudo. A admiração que tenho por si fez das suas palavras fontes de tranquilidade, verdadeiramente essenciais num processo construtivo e simultaneamente enigmático como é este. Como um discípulo que ouve o seu mestre, foi assim que sempre me senti. Quando assim é, no final, apenas resta agradecer, lembrar e, assim, continuar a aprender. Assim sendo, fica o meu sincero agradecimento, Professor.

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, mais concretamente a todos os meus Professores por muito me ensinarem, assim homenageando a docência. Deixo um agradecimento especial à Senhora Professora Doutora Maria João Antunes, ao Senhor Professor Doutor Nuno Brandão e à Senhora Professora Doutora Ana Margarida Gaudêncio, pelos seus preciosos conselhos relativos à ideia que me movia.

Não me esqueço, neste momento, de todos os funcionários da Faculdade que, com a sua permanente simpatia e a sua habitual competência, sempre se mostraram disponíveis para me ajudar, motivo pelo qual assim agradeço.

As palavras finais deste capítulo da minha vida são para os meus amigos, minhas amigas e namorada, que fazem parte da minha condição humana. A vossa essencialidade nesta viagem foi permanentemente constatada naquela (agora minha) mesinha do Jardim Botânico da Universidade de Coimbra, durante as quentes e frias horas que nos separaram.

Nas restantes, as mais desejadas, aquelas em que nos reencontrávamos, era feliz convosco e assim ganhava ânimo para continuar. Muito obrigado, António Miguel Veiga, Diogo Cabo, Fernanda Alves, Filipe Ferreira, Gonçalo Tavares Gomes, João Aldeia, João André Oliveira, João Cortez Vaz, João Pratas, Johannes Eberhard, Jorge Paiva, Luís Silveira, Miguel João Costa, Nuno Albuquerque, Paulo Faustino, Pedro Fantasia, Pedro Pais, Pedro Ramalho, Pedro Mendes, Rafael Saldanha, Sara Silva, Sérgio Martins e Teresa Nogueira.

Agradeço especialmente ao Miguel João, com quem tanto e sempre aprendo. Tive a mimada sorte de poder ter sempre a meu lado um amigo e um extraordinário jurista. Foi um privilégio para mim gastarmos – sem critério - as palavras naquelas incontáveis horas em que debatíamos questões desta dissertação enquanto celebrávamos a nossa amizade. Bem me recordo também do teu constante encorajamento no sentido de começar a reduzir a escrito as minhas tímidas ideias. Por tudo isto, muito obrigado, Miguel.

Meu primo Luís, a tua quotidiana disponibilidade para me ouvires, a calma que me transmitiste e a confiança que sempre depositaste no meu trabalho revelaram-se essenciais no equilíbrio que me trouxe até aqui. Agradeço-te muito.

Este curso de doutoramento transformou aqueles que eram dois colegas meus, o Miguel Veiga e o Rafael Saldanha, em dois amigos, assim mostrando a beleza da vida académica. A inevitável intromissão do direito penal nas nossas bem-dispostas conversas permitiu-me aprender mais, com influência nos pensamentos que agora aqui me arrisquei a deixar. Por tudo isto, muito obrigado.

Agradeço ao João Aldeia, que, com o seu invejável conhecimento, me deu do seu tempo para me ouvir, que me deu importantes conselhos, e que sublinhou expressamente a circunstância de o cinzento ser a cor predominante na filosofia e na sociologia, onde as ideias dificilmente devem surgir como monólitos.

Agradeço ainda ao Sérgio, pelo precioso auxílio na elaboração das tabelas e dos diagramas, e à Teresa, pela ajuda na formatação da dissertação e por todo o apoio que me deu nesta recta final daquela que foi uma mágica viagem.

página intencionalmente deixada em branco

Índice

Introdução.....	1
-----------------	---

Parte I A QUESTÃO

CAPÍTULO I – A GÉNESE DA QUESTÃO.....	6
1. O ponto de partida: o confisco das vantagens no direito português	8
a) O confisco clássico das vantagens	8
b) A perda alargada das vantagens	20
c) Respostas à questão da natureza penal do confisco clássico	28
d) Respostas à questão da natureza jurídico-penal da perda alargada.....	35
2. O ponto de chegada: o problema da identificação da natureza penal	45
CAPÍTULO II – O MÉTODO DA INVESTIGAÇÃO.....	60

Parte II A CRIAÇÃO DE UM MÉTODO

CAPÍTULO III – O MÉTODO DO TEDH.....	98
1. Os critérios <i>Engel</i> na jurisprudência do TEDH.....	98
1.1. O primeiro critério: a <i>qualificação ou classificação nacional</i>	100
1.2. O segundo critério: a <i>natureza da infração</i>	100
1.2.1. O primeiro subcritério: a <i>norma com carácter geral</i>	101
1.2.2. O segundo subcritério: a <i>função punitiva</i>	103
1.2.3. O terceiro subcritério: a <i>finalidade da sanção</i>	104
1.2.4. Outros subcritérios	105
1.3. O terceiro critério: a <i>natureza e severidade da sanção</i>	107
1.3.1. O “ <i>appreciably detrimental test</i> ”	111
i) A primeira condição: a <i>natureza da privação da liberdade</i>	112
ii) A segunda condição: a <i>duração da privação</i>	114
iii) A terceira condição: o <i>modo de execução da privação de liberdade</i>	116

1.4.	Síntese	117
2.	O método do TEDH em matéria de confisco e a sua aplicação a alguns institutos	123
2.1.	O confisco clássico	126
2.1.1.	O confisco clássico de bens do agente	126
2.1.2.	O confisco clássico de bens de terceiros	128
2.1.3.	Síntese	134
2.2.	A perda alargada	137
2.2.1.	Síntese	147
2.3.	A <i>civil forfeiture</i>	150
2.3.1.	Síntese	156
2.4.	A <i>confisca preventiva</i>	160
2.4.1.	Síntese	165
2.5.	A <i>confisca urbanística</i>	166
2.5.1.	Síntese	188
3.	Apreciação crítica do método do TEDH	194
3.1.	O primeiro critério <i>Engel</i>	194
3.2.	O segundo critério <i>Engel</i>	199
	i) O subcritério “carácter geral”	200
	ii) O subcritério “função”	204
	iii) O subcritério “finalidade”	225
3.3.	O terceiro critério <i>Engel</i>	235
3.4.	O critério da sequência	241
3.5.	Outros critérios	251
	i) O critério da natureza do processo	251
	ii) O critério da culpa	253
	iii) O critério do órgão decisório	260
4.	Conclusões. A criação do método do método (a terceira camada)	261

CAPÍTULO IV – UM MÉTODO PARA A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA. 275

1.	O método de identificação da natureza penal de uma <i>infração</i>	275
1.1.	A necessidade da sua criação e a função do critério	275
1.2.	A <i>racionalidade adequada</i>	278
1.3.	O carácter <i>universal e geral</i>	281
1.4.	O carácter <i>seguro</i>	300
2.	O método de identificação da natureza penal de uma <i>consequência jurídica</i>	321
2.1.	A <i>racionalidade adequada</i>	321
2.2.	O carácter <i>universal e geral</i>	324

2.2.1. As penas	325
2.2.2. As medidas de segurança	332
2.3. O carácter <i>seguro</i>	344

PARTE III
A APLICAÇÃO DO MÉTODO

CAPÍTULO V – O MÉTODO APLICADO AO REGISTO CRIMINAL, AO CONFISCO CLÁSSICO E À PERDA ALARGADA.....	359
1. Objectivo, método e salvaguardas	359
2. O registo criminal	366
3. A perda de instrumentos	369
4. A perda de produtos e vantagens.....	378
5. A perda de instrumentos, produtos e vantagens pertencentes a terceiro	397
6. A perda alargada.....	398
Tese	401
Referências	409
I – Bibliografia	410
II – Jurisprudência	420

página intencionalmente deixada em branco

Introdução

§ 1. O objectivo deste estudo consiste em responder à seguinte questão: “Como saber se uma consequência jurídica do ordenamento jurídico português tem natureza penal?”

Qualquer pensamento pertencente à dogmática das consequências jurídico-penais implica uma pré-compreensão do seu objecto – neste caso, das consequências jurídico-penais. Este circunstancialismo parece levantar um problema de circularidade, dado que se, por um lado, o objectivo aqui é o de identificar uma consequência jurídica de natureza jurídico-penal, por outro lado, verifica-se a circunstância de ele não poder ser prosseguido sem que se saiba o que é uma consequência jurídico-penal, que consubstancia, precisamente o desígnio desta investigação. Contudo, como afirmou Robert Alexy, que se deparou também com esta circularidade quando pretendia conhecer a natureza da filosofia do direito, ela não deve ser vista como um problema, antes pelo contrário: “*This circularity, however, is not vicious but virtuous in character. It is nothing other than a version of the hermeneutic circle, and it is to be resolved like all variants of this circle: by starting with the pre-understanding suggested by the established practice and elaborating it through critical and systematic reflection.*”¹

O objectivo da presente investigação pertence, assim, ao universo da argumentação que compõe a discussão acerca da identificação da natureza jurídico-penal das consequências jurídicas. Neste sentido, e não obstante nos situarmos num plano a montante das questões da dogmática das consequências jurídico-penais, estar-se-á perante um estudo que, embora não exclusivamente, também é de direito penal. É esta necessária reflexão sobre o direito penal e a ainda a ideia de que o transcendemos que levam a categorizar este estudo como *metapenal*.

Este circunstancialismo faz com que se considere que esta temática goza de perene actualidade, que se comprova e evidencia principalmente nos momentos em que se desconhecem consequências jurídicas por, por ex., ser a primeira vez que são observadas. São estes os casos paradigmáticos que fazem levantar as questões que chamam por respostas como aquelas aqui reflectidas. Foi precisamente esse o fenómeno vivenciado quando nos deparamos com o confisco das vantagens do crime, que, apesar de ser um instituto milenar,

¹ ROBERT ALEXY, “The Nature of Legal Philosophy”, in *Ratio Iuris*, vol. 17, n.º 2, Junho de 2004, p. 158.

se apresentou aqui como algo novo. Da consequente busca por uma resposta atinente à natureza jurídico-penal desta consequência, encontraram-se, na doutrina e jurisprudência nacionais, várias e distintas respostas, quer em relação à conclusão, quer à fundamentação, quer a ambas. Foi a indefinição sobre a (in)validade de cada uma delas, mais concretamente sobre quais os requisitos de validade dessas respostas, que nos fez chegar à conclusão de que esta problemática parece ter sido pura e simplesmente esquecida em Portugal e de que, por conseguinte, o nosso ordenamento jurídico carecia de um estudo relativamente ao método de identificação da natureza penal de consequências jurídicas.

É precisamente sobre a génese da pergunta de estudo que nos ocuparemos ao longo de todo o Capítulo I (“A Génese da Questão”) na Parte I (“A Questão”), que é inteiramente dedicada a esta pergunta. No Capítulo II (“O Método da Investigação”), pretende-se saber o que significa conhecer a natureza de um objecto e, na sequência, escolher-se-á o método que governará esta investigação.

Na Parte II (“A Criação de um Método”) o objectivo corresponderá à própria pergunta de estudo. Para tal, dividi-la-emos em dois capítulos, o Capítulo III (“O Método do TEDH”) e o Capítulo IV (“Um método para a ordem jurídica portuguesa”). O Capítulo III será essencialmente um espaço de análise jurisprudencial. Aqui conhecer-se-á o modo como este órgão jurisdicional identifica a natureza penal de consequências jurídicas dos Estados sob a sua jurisdição, com a finalidade de verificar se algum dos *critérios* – dir-se-á repetidamente - por ele utilizados é válido e apto a ser utilizado no ordenamento jurídico português. Para tal, analisar-se-á um conjunto de decisões suas, de forma a expor a sua *técnica Engel*, bem como o modo como ele a tem aplicado quando estão em causa modalidades de confisco. No Capítulo IV debruçar-nos-emos sobre o ordenamento jurídico-penal português positivo com o intuito de criar um método de identificação da natureza penal de consequências jurídicas para Portugal, que consubstanciará a resposta à pergunta de estudo, ou seja, a tese.

Por fim, na Parte III (“A Aplicação do Método”), constituída por um único capítulo, o Capítulo V (“O Método Aplicado ao Registo Criminal, ao Confisco clássico e à Perda alargada”), a finalidade será a de demonstrar de forma teórico-prática como se aplica o método.

Como se perceberá, foi o facto de o confisco das vantagens do facto ilícito-típico nos ter acompanhado ao longo de todo o estudo, estando na génese da questão, na formação da resposta ou tese e no final da investigação, que serviu de fundamento para a cristalização do

subtítulo deste estudo “O confisco das vantagens do facto ilícito-típico como ponto de partida e ponto de chegada”.

página intencionalmente deixada em branco

PARTE I
A QUESTÃO

Capítulo I

A Génese da Questão

§ 2. A multitude de factores que influenciaram a cristalização da questão de estudo poderia levar a dizer, caso se acreditasse neste tipo de justificações, que foi o destino, algo divino ou o mero acaso que nos trouxe a este banco de jardim com o intuito de privarmos com esta pergunta. Pensamos, porém, que é possível salientar uns quantos aspectos ao ponto de explicarmos esta escolha, com influência inclusivamente na explanação do método de investigação, mais concretamente, algumas opções da sua delimitação e grau de aprofundamento.

Numa das primeiras incursões à Faculdade, e no seguimento de uma breve conversa com o orientador deste estudo, percebemos que um dos temas quentes da actualidade do direito penal português era o “confisco das vantagens”. Talvez pelo facto de (por profundo desconhecimento nosso) nos ter parecido, de entre todos, o tema mais enigmático, seleccionámo-lo como o primeiro tema a conhecer.

§ 3. O nosso intuito ao partir para o estudo do confisco das vantagens era simplesmente o de conhecer o instituto para perceber se nos interessava verdadeiramente e, por consequência, se tinha sentido que ele nos acompanhasse ao longo do nosso percurso de pesquisa.

Por ser um tema da actualidade do direito penal português foi definido que o objecto da investigação deveria ser o ordenamento jurídico nacional, delimitando-se assim o campo de análise ao regime geral do confisco de vantagens.

Depois, tendo simultaneamente a consciência de que o tempo era pouco e de que muitíssimas outras áreas do direito penal nos podiam cativar (lembramo-nos subitamente do aforismo de Hipócrates, “*vita brevis ars longa*”), decidimos conhecer o seu regime apenas de modo superficial.

Neste Capítulo I, as páginas que ocupamos com este instituto têm uma finalidade específica: dar a conhecer a origem e os motivos que sustentaram a escolha da pergunta. É este desígnio o fundamento a que recorreremos para explicar o facto de termos optado por não levar a cabo um estudo pormenorizado deste regime. A sua função aqui é instrumental,

pelo que esta investigação não é, nem pretende ser, uma análise aprofundada deste instituto português. Assim sendo, nas próximas páginas estarão vertidas notas sobre algumas das suas características que resultaram do nosso estudo, das quais se evidenciarão as relativas aos seus pressupostos, função, finalidade da aplicação e natureza jurídica.

O seu âmbito é o regime geral previsto no CP, já que, precisamente por ser geral, pareceu razoável que fosse esse o ponto de partida. Para além disso, por força da relevância que se deu ao confisco de vantagens, sentiu-se a necessidade de olhar para legislação extravagante, mais concretamente, para a Lei n.º 5/2002² porque nela vem consagrada a modalidade de confisco *alargado* de vantagens. Foi o mero facto de dizer respeito a vantagens que justificou a decisão de a tornar parte dos terrenos a pisar.

Tendo em conta este particular e claro objectivo, optou-se por atribuir à exposição que se segue um carácter predominantemente descritivo do seu regime.

Neste caminho, o confisco das vantagens ganhará preponderância, porque nos indicaram que era a forma de confisco que andava a ser mais debatida. As referências a outras formas de confisco revelaram-se inevitáveis, na medida em que todas elas partilham de características em comum, razão pela qual se dizem “modalidades”, “tipos” ou “formas” da classe que é o instituto “confisco”. Ademais, a própria distinção entre objectos pode contribuir para uma melhor identificação destes, quando se parta da premissa de que a identificação de um objecto não implica necessariamente uma distinção. Dá-se assim por justificado o tratamento de outras modalidades, bem como o modo ainda mais superficial como se encontra exposto.

Ao longo dos próximos momentos, ficar-se-á então a conhecer os passos do percurso até se chegar ao problema que está consubstanciado na pergunta de estudo. O final deste estudo do regime português do confisco coincide, por tudo isto, com o aparecimento súbito da questão que não mais nos deixou, nem deixará.

Por tudo isto, vejam-se as próximas páginas como uma espécie de relatório onde vem detalhado o caminho que culminou com a formulação da pergunta deste estudo.

² *Vz.* Diário da República, n.º 9, Série I-A, 11 Janeiro de 2002, que “Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira e procede à segunda alteração à Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, alterada pela Lei n.º 90/99, de 10 de Julho, e quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro, alterado pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 9 de Novembro, e pela Lei n.º 104/2001, de 25 de Agosto.” cuja última modificação legislativa foi levada a cabo pela Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio que “Transpõe a Diretiva 2014/42/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia.”

1. O ponto de partida: o confisco das vantagens no direito português

a) O confisco clássico das vantagens

§ 4. A *perda* ou *confisco*³ assumiu ao longo da história várias facetas na sociedade. Andando sempre de mãos dadas com o crime, a sua finalidade cedo pareceu identificar-se com a prevenção criminal, tendo sido na Grécia e Roma antigas que se assistiu ao aparecimento de várias modalidades de confisco⁴ que ainda hoje perduram nos vários ordenamentos jurídicos.

³ As expressões “perda” e “confisco” serão utilizadas indistintamente pelo facto de serem sinónimas. *Vd* JORGE GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003, pp. 1356, notas 126 e ss., para quem o termo “perda” é “*intuitivamente inadequado: os bens confiscados não se “perdem, em qualquer dos sentidos mais comuns do termo (...)*”. Contudo, este argumento não se mostra suficiente para justificar a exclusão da expressão “perda” deste universo. A tradição jurídica mostra que os dois termos sempre exprimiram a mesma noção. Assim, PEDRO CAEIRO, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito””, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 21, 2011, pp. 269 e 270, nota n.º 2. De facto, se a vivência empírica mostra que hoje em dia as expressões são sinónimas para o legislador e que daí não têm brotado consequências negativas na realização do direito vigente relativo a este regime jurídico, então não se vê razão para complicar o que não deve ser complicado.

⁴ A Grécia antiga e a Monarquia romana devem ser consideradas os berços do confisco, na medida em que o apresentaram já como um autêntico regime jurídico densificado por várias normas que o faziam florescer, ao invés de uma ou outra sua aparição isolada em épocas anteriores àquelas, de que é exemplo a norma constante no Velho Testamento (Exodus 21/28), segundo a qual um bovino que ferisse um homem era confiscado e morto, mesmo que o seu dono não fosse responsável pelos danos. Para algumas das referências ao confisco na Grécia antiga, *vd*. GEORGE MILLER CALHOUN, *The growth of criminal law in Ancient Greece*, The Law Book Exchange, New Jersey, 2000, pp. 111, 20 e 130.

Na Monarquia romana, o fundamento da intervenção punitiva estatal era a prática de um crime e a finalidade da intervenção punitiva estatal era o restabelecimento da *pax deorum*. Votados o autor do crime e os seus bens aos deuses infernais e estava assim evidenciada aquela que era considerada a única forma de se realizar a purificação expiatória: a transferência daqueles para o mundo divino. Eram deste modo tornados sagrados (*consecratio*). A *consecratio* era uma sanção à disposição do Estado romano através da qual se conseguia o *sacrum esse* do *homo sacer* e das *res sacrae*. Sem mais, se ela consistia numa transferência para o mundo divino, conduziu-se que a *sacratio* assumia uma função alienante. Assim, FRANCESCO SALERNO, *Dalla “Consecratio” alla “Publicatio bonorum”*: *Forme giuridiche e uso politico dalle origini a Cesare*, Jovene, Nápoles, 1990, p. 9. Para os crimes menos graves (*scelus expiabile*) não se previa a aplicação da *consecratio*, mas sim a entrega de uma oferta expiatória - o *piaculum* -, que consistia no sacrifício de um animal ou na entrega de outros bens ao deus ofendido. Para os mais graves (*scelus inexpiabile*), o confisco era pena acessória da pena capital (*deo necari*) ou pena acessória (*consecratio bonorum*) da pena de “morte civil” (*consecratio capitis*). A *consecratio bonorum*, por sua vez, determinava a transferência da propriedade de todos os bens do condenado para as divindades ofendidas. Não eram sanções com um fim meramente retributivo. Estas sanções tinham um fim bem delimitado, o restabelecimento da *pax deorum*. O que estava em causa era uma defesa da sociedade perante o perigo que poderia vir de cima, do mundo divino, de um qualquer deus “com o coração agitado de ira”, como se relata no § 44 do Canto I de HOMERO, *Ilíada*, tradução de Frederico Lourenço, Quetzal Editores, 1.ª ed., Maio de 2019, p. 32.

Com a República romana, a *consecratio bonorum* evoluiu para a *publicatio bonorum*. Esta evolução semântica espelha perfeitamente a mudança de paradigma no direito criminal romano: substituiu-se o conceito *consecratio*, porque desaparece o referente “mundo divino”, pelo termo *publicatio*, porque aparece a comunidade romana como único âmbito de protecção. Na sequência, era aquela e já não os deuses que deveria ficar com os bens de um infractor. Com a diminuição de aplicação da pena de morte, o confisco de bens passou a apresentar-se como pena acessória da pena de exílio (penas de substituição da pena de morte). A esta expiação seguia-se uma

Em Portugal, o confisco dos dias de hoje começou a ser desenhado no direito das Ordenações⁵. Nesta época, o Estado, dependendo do crime em questão, podia confiscar

dedaração formal de *aqua et igni interdictio* (“proibição de água e do fogo”), que consistia na perda da cidadania, na perda total dos bens e na proibição de regressar ao território, sob pena de se ser executado. Já no final da República romana, foi criada, ao lado da pena de exílio *extraordinário*, uma modalidade de perda de bens *extraordinária*, que não estava prevista em lei (*cognitio extra ordinem*) e que era aplicada por um magistrado no exercício da *coercitio*, numa *sententia specialis*, inserida num processo penal também ele *extraordinário*: a *ademptio bonorum*. A diferença significativa entre o confisco ordinário e extraordinário era o de que a *ademptio*, enquanto sanção acessória da sanção de exílio (*extraordinário*), não era uma sua consequência necessária e automática da *relegatio* (exílio temporário) e da *deportatio* (exílio definitivo).

A partir da época de Augusto nasce a perda de bens como sanção criminal autónoma, i.e., que não dependia da aplicação prévia de nenhuma sanção. Como excepção à regra, o objecto da perda era uma parte dos bens e não a sua totalidade. A *publicatio bonorum* não só deixou de ser dependente como trouxe uma outra novidade, *sc.* deixara de ser total.

No Império romano surgiu ainda uma forma de *publicatio* que tinha por objecto bens concretos. A sua escolha era feita em função da sua utilização na prática de um *crimen*. O destinatário desta sanção era o proprietário do bem e não o infractor, a não ser, naturalmente, que este fosse também o proprietário. Esta possibilidade constituía uma excepção à regra segundo a qual o destinatário de uma sanção era o perpetrador.

Em momento algum se elevou a perigosidade dos bens a fundamento. Parece que o que fundamentava a perda do bem era o mero facto de ele ter participado num crime, assim sendo por ele contaminado, o que, por si só, era um elemento desestabilizador daquela comunidade e, por isso mesmo, deveria ser subtraído ao seu proprietário.

Volta-se à condusão que serviu de mote para esta breve alusão histórica: o direito romano mostrou várias modalidades de confisco. Quanto aos fins, na Monarquia serviu para acalmar os deuses (e, por conseguinte, a sociedade), até finais da República para prevenir a prática de crimes e no Império para, acima de tudo, enriquecer o Estado, sob a capa de uma finalidade preventiva criminal.

Procurou atingi-los, em grande parte do seu percurso, associando-se a outras sanções, as principais (morte ou exílio), ou, já numa fase tardia, por si só, enquanto sanção criminal autónoma. Quando aparecia como sanção acessória, pretendia alienar o criminoso (com excepção da *publicatio bonorum* como sanção acessória da pena de morte), e, quando o fazia sob a forma de sanção autónoma, queria, como um fim em si mesmo, pura e simplesmente, puni-lo. O seu âmbito de aplicação era os crimes, por norma os mais graves, quando se apresentava como sanção acessória, tendo-se constatado, contudo, que, numa fase posterior, sob a forma de sanção autónoma, abarcou também a criminalidade menos grave.

O direito romano mostrou ainda variantes da perda em função do seu objecto. Lidou-se com a mais antiga modalidade de perda, a perda total de bens, e assistiu-se ao nascimento das modalidades de perda parcial de bens e perda de bens concretos. Esta última tinha um critério de determinação bem definido, confiscando-se os bens que, independentemente da sua concreta perigosidade, tivessem sido utilizados na prática do crime. A perda total, precisamente por ser total, não necessitava de nenhum critério, e para a perda parcial parecia não existir qualquer critério que pudesse determinar o seu objecto. O seu fundamento era a prática de um crime e a sua finalidade (não necessariamente imediata) era a prevenção criminal. O caso excepcional era a modalidade de confisco de bens de terceiros que foram utilizados na prática de um crime, sobre o qual aqueles não tinham qualquer conhecimento da sua existência.

Sobre o confisco no direito romano, cfr. BERNARDO SANTALUCIA, *Derecho Penal Romano*, tradução de Javier Paricio e Carmen Velasco, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990; ADOLF BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Filadélfia, 1953, pp. 418 e 430; THEODORO MOMMSEN, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, tradução por Pedro Dorado Montero, Analecta Editorial, Pamplona, 1999; TORRES AGUILAR, “La pena de exílio: sus orígenes en el Derecho Romano”, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 63, 1993; UGO BRASIELLO, *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo XIV, Editrice Torinese, Torino, 1957, pp. 584 e 585; PAUL JAL, “La “Publicatio bonorum” dans la Rome de la fin de la République”, in *Bulletin de l’Association Guillaume Budé: Lettres d’humanité*, n.º 26, Dezembro de 1967; MICHAËL FERNANDEZ-BERTIER, “The History of Confiscation Laws: From the Book of Exodus to the War on White-Collar Crime”, in Katalin Ligeti / Michele Simonato (eds.), *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Hart, Oxford, 2017, pp. 55 a 57.

⁵ Para perceber a evolução do confisco ao longo das Ordenações, *vd.* EDUARDO CORREIA, *Estudos sobre a evolução das penas no direito português*, in Separata do volume LIII do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. I, Coimbra, 1977, pp. 36, 38, 44, 46, 48 a 51 e 53 a 56. *Vd.* ainda, JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, 2012, p. 32.

todo o património do criminoso (confisco total⁶) ou somente parte dele (confisco parcial). É nesta última categoria que começa a traçar-se uma divisão essencial no regime jurídico do confisco, na medida em que ele aparece recorrentemente dirigido a bens específicos (confisco específico). Aqui inexistem aleatoriedade na escolha dos bens, porque é o próprio contexto do bem que fundamenta a sua selecção, e daqui surgem vincadamente delineadas várias ideias cristalizadas no instituto: uma segundo a qual os instrumentos utilizados ou a utilizar na prática do crime devem ser confiscados (confisco dos instrumentos)⁷. A seu lado, uma outra: o que pelo crime for produzido deve ser confiscado (confisco dos produtos)⁸. E, por fim, uma outra que determina que o enriquecimento que o criminoso tiver obtido da prática do crime deve reverter para o Estado (confisco das vantagens).⁹

Esta é a primeira alteração de paradigma no direito do confisco português: deixa a função punitiva herdada do direito romano de, aparentemente, ser a sua única veste, juntando-se a ela outras duas: a mera prevenção de perigos (confisco dos instrumentos) e a compensatória, restaurativa ou restitutória (confisco dos produtos e das vantagens).

§ 5. O segundo momento de viragem, cujo resultado é característica do regime actual, dá-se com a abolição do confisco total de bens, através da aprovação da Constituição de 1822¹⁰. Resultante das preocupações humanitárias provenientes dos ideais do jusracionalismo iluminista instalados na Europa ocidental, foram-se criando freios ao confisco total de bens. O argumento que os liderava assentava na ideia de que o confisco total de bens, por se

⁶ Exemplificando, cfr. Título V do Livro V das Ordenações Afonsinas (“*Dos que fazem moeda falsa*”), n.º 1, “*Fe o noffo Moedeiro, ou outro moeda falsa fezerem, e defto forem vencidos, talhem-lhes os pees, e a maaõs, e percam quanto ounerem (...)*”

⁷ Ver, por ex., Título LXXXIII do Livro V das Ordenações Manuelinas (“*Que nom cacem perdizes, nem lebres, nem coelbos com boi, redes, nem fio*”), n.º 1, “*E bem assi Defendemos em todos Noffos Reynos, nos mefes de Março, Abril, e Mayo, peffoa algua nom mate, nem cace coelbos, nem laparos com caes, nem com beefias, nem ao piado, nem com foram, nem redes, nem com outra ninhua armadilha, com que os poffam matar (...) fe lbe prouar dentro de tres mefes que caçou, ou matou os ditos coelbos em cada huu dos ditos tres mefes, pagar mil reaes, e mais perder os caes, e foram, e beefia, e todas as armadilhas com que offi matar, ou caçar os ditos coelbos.*”

⁸ Pela leitura das disposições das Ordenações relativas à falsificação de produtos (p. ex., moedas, selos, escrituras), verifica-se que, por regra, tinham associada a pena de confisco total de bens, porém, em certos casos, ele passaria a ser parcial se, por ex., houvesse herdeiros. Dentro do confisco parcial, os objectos falsificados eram confiscados, e é nesta medida que se afirma que no direito das Ordenações o confisco dos produtos ganhou autonomia, não obstante ser ele absorvido, em maior parte das situações, pela pena de confisco total. *Vd.* Títulos VI a IX do Livro V das Ordenações Manuelinas.

⁹ Cfr. Título XLVIII do Livro V das Ordenações Manuelinas, n.º 2, “*E Qualquer peffoa a que for prouado, que jogou com cartas qualquer joguo, ou lbe forem achadas em cafa, ou as trouxer comfiguo, pague da cadea fe for piaõ dous mil reaes, e fe for d’outra moor condiçam paguará dez cruzados, e mais perca todo o dinheiro que fe prouar que no dito joguo guanbou, ou que lbe no dito joguo for achado. E efto fe nom entenderá no dinheiro que nas bolfas, ou em outra parte comfiguo tenerem, que nom tenham metido, nem pofto no joguo.*”

¹⁰ *Vd.* o seu art. 11.º (Título I, Dos direitos e deveres individuais dos portugueses): “Toda a pena deve ser proporcional ao delito e nunca passar da pessoa do delinquente. Fica abolida a tortura, a confiscação de bens, a infâmia, os açoitos, o barão e pregão, a marca de ferro quente e todas a mais penas cruéis e infamantes”.

apresentar, em vários casos, como uma sanção acessória da pena de morte, fazia com que fossem os herdeiros os destinatários da punição. E, mesmo que em causa estivesse o confisco total como pena autónoma, considerava-se que mesmo assim a sanção ainda punia (in)directamente os dependentes do criminoso¹¹⁻¹². Estendia-se, portanto, o âmbito de aplicação do princípio da insusceptibilidade de transmissão da responsabilidade penal¹³ ao confisco, passando-se, por conseguinte, a proibir o confisco total de bens, como indicia a própria estrutura do art. 11.º da Constituição de 1822 que trata conjuntamente daquele princípio e da proibição do confisco. A confirmação do predito dá-se com a aprovação da Carta Constitucional de 1826, que, no art. 145.º, § 19, determinava que “nenhuma pena passará da pessoa do delincente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens (...)”¹⁴.

¹¹ Nas palavras de Beccaria, “*As confiscações põem a preço a cabeça dos fracos, fazem sofrer aos inocentes a pena do réu, e põem os próprios inocentes na desesperada necessidade de cometer os delitos. Que espectáculo mais triste do que uma família arrastada na infâmia e na miséria pelos delitos de um chefe, à qual a submissão imposta pelas leis impediria de preveni-los, mesmo que existissem os meios para o fazer?*” (CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, tradução de José de Faria Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014, pp. 111 e 112).

¹² Esta corrente humanitária já se vinha manifestando na legislação pombalina, mais concretamente, e no que ao confisco diz respeito, na Carta régia de 21 de Outubro de 1757, tendo D. José I mandado elaborar uma lista dos descendentes dos criminosos que haviam perdido todos os seus bens, de forma a que a Misericórdia do Porto os criasse e colocasse em ofícios. Assim, RUI MARCOS, *A Legislação Pombalina – alguns aspectos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 135. Contudo, é sabido que o monarca, no exercício de um *jus puniendi*, a que não se colocavam limites, acabou por instrumentalizar politicamente a lei penal, enquanto, em simultâneo, em ergia em Portugal uma nova classe, a burguesia. Esta conjectura pode ter tido influência na atenuação dos efeitos punitivos do confisco total, acabando este instrumento por diluir a diferença entre classes, mais especificamente, entre a burguesia e a nobreza (principal destinatária do confisco total do património).

¹³ Este princípio vem expressamente consagrado no art. 30.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa de 1976 (doravante CRP). As suas refrações podem ser consultadas de modo sumário em MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 16.

¹⁴ Da letra de ambos os preceitos constitucionais, *sc.* art. 11.º da Constituição de 1822 e art. 145.º, § 19, da Carta Constitucional de 1826, não resulta expressa a ideia de que era apenas o confisco total de bens que se estava a proibir, havendo indistintamente margem para interpretá-los de modo a que o confisco, em todas as suas modalidades, fosse proibido em Portugal. De facto, a interpretação mais consonante com estas disposições parece ser a de que o confisco, independentemente da modalidade, passou a ser proibido. Porém, a prática legislativa e judiciária continuou a admitir a aplicação do confisco parcial de bens, mais concretamente do confisco dos instrumentos, produtos e vantagens do crime. Neste último sentido, *vd.* JOÃO CONDE CORREIA, *ob. cit.*, pp. 35 e 36.

Uma manifestação crassa de que o confisco específico de bens encontrava lugar no nosso ordenamento jurídico, não obstante ser proibido constitucionalmente, teve lugar no Projecto de Código Penal elaborado em 1837 por José Manuel da Veiga, no art. 47.º, “*Todas as cousas que foram objecto, serviram de instrumento ou de ajuda ao crime, ao delito e á contravenção, ou que são o seu resultado, serão apprehendidas pelo Juizo a cuja alçada competir o conhecimento do maleficio.*” Porém, a não aprovação do projecto fez com que ele não viesse a conhecer a luz do sol. O reconhecimento da existência do confisco específico em Portugal deu-se com a aprovação do Código Penal de 1852, como ficou patente, entre outros, no art. 64.º, “*A perda, a favor do Estado, do objecto, ou produto do crime, e das armas com que foi commetido, ou que eram destinadas para esse fim, tem lugar nos casos em que, ou o ofendido, ou algum terceiro, não responsável pelo crime, não tenha direito à restituição.*” A contradição entre a norma constitucional que proibia o confisco (art. 22.º da Constituição de 1838) e aquele art. 64.º do Código penal não era mais do que aparente, como mostrou Silva Ferrão, no seu comentário àquela disposição do Código penal: “*O Art., por tanto, deveria redigir-se de modo, que não podesse entender-se, se não daqueles objectos ou produtos, que são directa e immediatamente provenientes do crime, e, como diz o Cod. Das Duas Sicílias, constituem o corpo do delicto. Taes seriam por ex. algumas moedas ou notas falsas apprehendidas aos réos de taes crimes, ou as mercadorias contrabandeadas ou descaminhadas aos direitos. Nos termos geraes, em*

§ 6. Contudo, nesta época, a transformação do confisco não evoluiu apenas no sentido de estreitar os limites relativos à severidade da medida, através da redução do *quantum* confiscável, mas também no sentido oposto, ou seja, no alargamento dos seus limites relativos ao âmbito de aplicação. Com a aprovação do Código Penal de 1852, nascia uma regra geral para o confisco que, considerado como um efeito da pena, passou a possibilitar a sua aplicação a todos os crimes e não apenas àqueles para os quais estivesse previsto, como acontecia na legislação anterior¹⁵. À primeira vista, seria legítimo pensar que este caminhar em sentidos opostos não seria mais do que uma espécie de compensação. Sem embargo, uma abordagem mais atenta permite descortinar um possível sentido válido e natural nesta evolução. Recorde-se de que a abolição do confisco total e a manutenção do confisco específico, *sc.* dos instrumentos, produtos e vantagens, acarreta consigo uma conclusão já anteriormente afluída segundo a qual, com aquela extinção, a função punitiva pareceu praticamente desaparecer do regime geral deste instituto, restando-lhe primordialmente uma função restitutória e de prevenção de perigos. Se antes nem todas as infracções criminais eram dignas da pena de confisco, neste novo entendimento, passaram todas elas a ser vistas como susceptíveis de criar um perigo futuro, assim como de gerar um enriquecimento, o que

que o Art. se acha concebido, parece authorisar o confisco, mesmo com abstracção das imperiosas necessidades do processo e prou, e constituir assim uma excepção à regra geral da abolição do confisco, como até designam as palavras – em favor do Estado – que indicam, que não é somente de objectos constitutivos do corpo do delicto, como elementos de instrucção, ou com o fim de destruição, ou de prevenção, mas em proveito do tesouro” (SILVA FERRÃO, *Theoria do direito penal applicada ao código penal portuguez, comparado com o código do Brazil, leis patrias, codigos e leis criminaes dos povos antigos e modernos*, vol. II, Imprensa Nacional, Lisboa, 1856, pp. 304 e ss).

No seguimento desta análise histórica que se tem vindo a fazer, não se pode deixar de constatar o facto de que já nessa altura se levantava uma das actuais questões em torno do confisco de vantagens que tem que ver com o *quantum* da medida: vantagens brutas ou líquidas. Atente-se no que dizia Levy Maria Jordão no seu comentário ao art. 458.º do Código penal de 1852, relativo à perda do produto da receita dos espectáculos: “*Como o Código decreta a perda do producto da receita, podem suscitar-se alguma duvidas; 1.ª comprehenderá o Código nestas palavras o producto de todas as récitas que tiverem sido dadas com a peça dramática ou musical? 2.ª esse producto será o producto bruto, ou já líquido das despezas do empresário ou director? 3.ª como se hade calcular esse producto?*” (LEVY MARIA JORDÃO, *Commentario ao código penal portuguez*, vols. III e IV, pp. 335 e 336, typ. de José Baptista Morando, Lisboa, 1853 – 1854). Sobre este Autor, não deixe de se ler, PEDRO CAEIRO, “Levy Maria Jordão, Visconde de Paiva Manso. Notas bibliográficas”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 71, 1995, pp. 347-371.

Em suma, de toda esta factualidade, e independentemente da interpretação que se fizesse daquelas normas, certo foi que desde a aprovação da Constituição de 1822 o confisco total de bens desapareceu da ordem jurídica. A proibição gozou de espaço na Lei fundamental até à aprovação da CRP, momento em que desaparece a norma proibitiva do texto constitucional. Não quer isto significar que o confisco total tenha sido readmitido, porque não foi. A proibição do confisco total mantém-se e advém do art. 2.º da CRP, preceito que não só limita o confisco como simultaneamente o legitima.

¹⁵ Ver nota anterior, relativamente à transcrição do art. 64.º do Código Penal de 1852, devendo ainda ser dada especial atenção à parte que se debruça sobre a regra geral já contida no (não aprovado) Projecto de Código Penal de José Manuel da Veiga de 1837 (art. 47.º).

não parece ter representado mais do que uma normal e esperada adequação da lei àquele que era o novo olhar sobre o confisco.¹⁶

§ 7. Embora o actual regime jurídico do confisco mantenha algumas das notas características de que se vem tratando, quais sejam a proibição absoluta do confisco total com a vigência única do confisco específico e um âmbito de aplicação que abarca todos os crimes, a sua evolução mostrou significativas mudanças. Destas características, a única que se manteve intacta foi a concernente à proibição do confisco total.

Todos os crimes continuam a ter como possível consequência jurídica o confisco dos instrumentos, produtos e vantagens¹⁷. Todavia, o âmbito de aplicação do regime vigente já não coincide com o anterior por mais amplo se mostrar. Além dos crimes, a partir da Reforma do Código penal de 1995, passaram a contemplar-se também factos ilícitos-típicos criminais. Nestes termos, torna-se necessária a confirmação de todos os elementos de que depende a verificação de um crime, com a ressalva dos requisitos relativos à culpa do agente¹⁸ e à punibilidade (cfr. arts. 109.º, n.º 1, e 110.º, n.º 1, ambos do CP). Para além disto, no que tange ao confisco dos instrumentos, produtos e vantagens, é ainda possível proceder à sua aplicação “ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto” (arts. 109.º, n.º 2, e 110.º, n.º 5, ambos do CP).¹⁹

Esta evolução parece vir na sequência daquilo que se vinha dizendo anteriormente em relação à adequação do direito positivo em função do papel meramente preventivo de combate ao enriquecimento ilícito assumido pelo confisco específico. De acordo com estas

¹⁶ No que respeita ao confisco das vantagens (ou “produtos”, utilizando o termo do legislador daqueles tempos) é de notar uma significativa alteração político-criminal do Código Penal de 1852 para o de 1886. Enquanto naquele primeiro, a regra geral era aplicada quer aos instrumentos quer às vantagens (englobando-se aqui os produtos), como consta do art. 64.º (“a perda, a favor do Estado, do objecto, ou producto do crime, e das armas com que foi cometido”), por sua vez, no Código de 1886, desaparece a referência ao “producto”. No art. 75.º, § 1.º, a regra geral tem por alvo apenas os instrumentos (“na perda, a favor do Estado, dos instrumentos do crime, não tendo o ofendido, ou terceira pessoa, direito à sua restituição”). Querera isto significar que a perda dos “productos” neste Código, ao invés do seu precedente, só poderia ser aplicada aos crimes onde viesse especificamente prevista (*vid.* arts. 240.º e 323.º), desembocando esta realidade numa diminuição do âmbito de aplicação do confisco de vantagens, daqui brotando uma dessintonia entre a sua presumível função restitutória e o seu âmbito de aplicação.

¹⁷ Com a entrada em vigor em 1982 da versão original do Código penal actual, o confisco das vantagens viu o seu âmbito de aplicação alargado a todos os crimes, ao invés do que sucedia no Código de 1886 (ver nota anterior).

¹⁸ Sem embargo, mesmo antes desta Reforma, já se entendia que onde se lia “crime”, como pressuposto do confisco, deveria ler-se “facto ilícito-típico”, por consequência de uma extensão teleológica da norma. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. Parte Geral, Tomo II. As Consequências Jurídicas do Crime*, 1.ª ed. (4.ª Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 619.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 620 e 621. Para o Autor, parece não se dever atribuir aqui uma finalidade político-criminalmente validada, daquela que parece ser uma medida de polícia administrativa, “*tendente a apreender coisas ilícitas, proibidas, ou que a lei exclui do comércio jurídico.*”

suas funções aparentemente não punitivas, tal como não parecia lógico limitar a aplicação do confisco a apenas alguns tipos de crimes, também não se deveria sujeitá-lo à verificação da culpa ou à determinação do seu agente.

§ 8. Como não espantará, dada a vertigem legiferante do séc. XXI, as alterações não se ficaram por aqui. Também no que respeita às funções que o confisco desempenha na ordem jurídica procedeu o legislador a uma alteração da lei em 2017 com a entrada em vigor da Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio.²⁰

Com a finalidade expressa de transpor a Directiva 2014/42/UE sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na UE²¹, de 3 de Abril de 2014, a Lei n.º 30/2017 levou a cabo o (re)aparecimento de uma modalidade com uma aparente função punitiva do confisco, desta vez ligada ao confisco dos instrumentos. Uma função que, como se viu supra, praticamente²² havia desaparecido com a abolição do confisco total. Esta conclusão é fruto da nova redacção do art. 109.º, n.º 3, do CP, que prevê a possibilidade de confiscar o valor dos instrumentos, quando estes não possam ser apropriados em espécie. Se assim é, o que fundamenta a aplicação do confisco dos instrumentos nestas situações já não será o perigo criado por eles, mas sim aparentemente a mera prática do facto ilícito-típico.²³

²⁰ In Diário da República n.º 104/2017, Série I, 30 de Maio de 2017. Com esta disposição procedeu-se à alteração de onze diplomas legais, dos quais se salienta, para os fins aqui tidos por convenientes, o Código Penal e a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira (Diário da República n.º 9, Série I-A, 11 de Janeiro de 2002).

²¹ In JO L 127, de 29-04-2014. Sobre esta Directiva, cfr. JOÃO CONDE CORREIA, “Reflexos da diretiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito Português vigente”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 2, 2014, pp. 83 e ss.

²² A verificação da existência de uma forma de confisco com função punitiva já podia ser feita do que decorre do art. da 35.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (“combate à droga”), alterado pelo art. 1.º da Lei n.º 45/96, de 3 de Setembro, relativa ao regime jurídico do tráfico e consumo de estupefacientes. Como resulta expresso, não se descortina qualquer requisito relativo à perigosidade. O confisco dá-se meramente pelo mero contacto com o facto ilícito-típico.

²³ A impossibilidade de substituição pelo bem sucedâneo, ou também pelo respectivo valor - a par do teor literal do art. 109.º, n.º 1, do CP, que expressamente determinava o “perigo” como pressuposto do confisco dos instrumentos - era precisamente um dos argumentos que se utilizava para defender a sua função meramente preventiva de perigos: “*A natureza preventiva da perda dos instrumentos ou producta sceleris justifica, ainda, a impossibilidade de - ao contrário da perda de vantagens - substituir o seu confisco pela perda do seu sucedâneo (...) ou, também, pela perda do respectivo valor (...). Estando em causa aquela finalidade, a novação será, em princípio, incompreensível. A adjudicação do valor do objecto pode já não ser necessária (a coisa já não existe ou perdeu as suas qualidades perigosas), nem suficiente (nos casos em que o objecto está fora do alcance do poder estadual nada impede que aqueles perigos se concretizem). Só o efectivo confisco da coisa, ou mesmo a sua destruição (...), pode prevenir a perigosidade que ele encerra, desencadeia ou potencia*” (JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição...*, p. 69). Veja-se ainda PEDRO CAEIRO, “O Confisco numa Perspectiva de Política Criminal Europeia”, in *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Directiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpõe*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2018, p. 36. Para o Autor, a perda subsidiária do valor dos instrumentos “*não pode deixar de constituir uma pena acessória, destinada a censurar especialmente a utilização criminosa daqueles bens. Consequentemente, tem que estar coberta pela culpa, não pode ser aplicada no caso de não se conhecer o agente, etc.*

Outro argumento a que se recorre para defender a emergência de uma aparente função punitiva do confisco decorre do disposto no art. 12.º-B da Lei n.º 5/2002 (cuja epígrafe é “perda de instrumentos”), onde se prevê um regime especial de perda de instrumentos exclusivo para os ilícitos-típicos elencados nos n.ºs 1 e 4, do art. 1.º dessa Lei²⁴. Ao contrário do que dispõe o artigo 109.º do CP, nesses casos, não só não se exige a perigosidade dos instrumentos, como se ordena explicitamente o respectivo confisco ainda que eles não sejam perigosos.²⁵

§ 9. Concomitantemente com o reforço da velha função punitiva do confisco, a Lei n.º 30/2017 evidenciou uma nova abordagem ao confisco dos produtos. Até aqui, a este modelo associava-se uma função meramente preventiva de perigos porque o seu regime era o mesmo do confisco dos instrumentos, sendo o requisito “perigosidade” comum a ambos²⁶. No seguimento, o que parecia justificar o confisco dos produtos não era a circunstância de eles serem uma vantagem para o agente, mas sim o facto de eles representarem um perigo.

*Tudo consequências absurdas e altamente indesejáveis que só a irreflexão e o sincretismo podem explicar.” Em sentido contrário, vd. MARIA DO CARMO SILVA DIAS, “Perda Alargada prevista na Diretiva 2014/42/UE (Artigo 5.º) e “Perda do Valor de Vantagem de Atividade Criminosa” Prevista na Lei n.º 5/2002 (Artigos 7.º a 12.º)”, in *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2018, p. 92. Para a Autora “não pode ver-se no procedimento de perda/confisco clássico qualquer finalidade punitiva ou retributiva, que não tem.”*

²⁴ Artigo também alterado pelo art. 2.º da Lei n.º 30/2017.

²⁵ Acompanha-se aqui o entendimento de Pedro Caieiro segundo o qual esta situação consubstancia uma “esquizofrenia jurídica”, resultante das dualidades incompreensíveis criadas pela “reprodução exacta pelos ordenamentos nacionais dos regimes penais europeus, com inclusão dos recortes provocados pelas limitações das competências da UE” (PEDRO CAIEIRO, “O Confisco numa Perspectiva...”, pp. 31 e 32). Sobre este entendimento, em forma sucinta, em torno da (i)legitimidade da sanção prevista no art. 109.º, n.º 3, do CP, cfr. ANTÓNIO VAZ DE CASTRO, “O Novo Regime da Perda dos Instrumentos do “Crime”, in *A Vida Judiciária*, n.º 203, Setembro/Outubro 2017, p. 53.

Não se deixa de salientar a configuração inicial do art. 109.º, n.º 3, na Proposta de lei n.º 51/XII (PL201/2016), de 15 de Dezembro de 2016, que submetia a impossibilidade de apropriação em espécie à condição de essa mesma impossibilidade ter sido *dolosamente causada* pelo agente. Se assim se tivesse mantido a sua letra, poder-se-ia defender que o que fundamentava o confisco do valor de um instrumento era a tutela da administração da justiça, ou, mais especificamente, o interesse do aparelho judiciário na detecção e perda dos instrumentos dos factos ilícitos-típicos, no seguimento da política-criminal relativa à criminalização do branqueamento de capitais, que aqui, *mutatis mutandis*, se aplica ao caso sob apreciação. Se o art. 109.º, n.º 3, do CP tivesse mantido a solução constante na Proposta de lei, descortinar-se-iam motivos válidos que sustentariam a legitimação do confisco do valor de um instrumento. Sobre a tutela da administração da justiça como finalidade do crime de branqueamento de capitais, vd. PEDRO CAIEIRO, “A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2011, e a Relação entre a Punição do Branqueamento e o Facto Precedente: Necessidade e Oportunidade de uma Reforma Legislativa”, in *Separata de Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 1081 e ss.

²⁶ Como mostrava o seu tratamento conjunto no art. 109.º, n.º 1, do CP, sob a epígrafe “Perda de instrumentos e produtos”, nos termos do qual “São dedarados perdidos a favor do Estado os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito típico, ou que por este tiverem sido produzidos, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco e ser utilizados para o cometimento de novos ilícitos típicos.”

Com a entrada em vigor daquele diploma, passou a submeter-se o confisco dos produtos ao regime do confisco das vantagens (cfr. art. 110.º do CP, sob a epígrafe “Perda dos produtos e vantagens”).

Uma primeira conclusão a retirar daqui é a de que a função do confisco dos produtos não é mais meramente preventiva de perigos, já que desinteressa em absoluto a perigosidade do produto. Uma outra é a de que a função que lhe preside será idêntica à do confisco das vantagens, ou seja, aparentemente restitutória, tendo em conta que o regime aplicado a ambos os modelos é o mesmo. Confiscam-se agora os produtos porque eles consubstanciam um enriquecimento ilícito. Por outras palavras, confiscam-se porque eles são vantagens (ilícitas). Se assim é, parece deixar de fazer sentido a manutenção da autonomia do confisco dos produtos em relação ao confisco das vantagens.²⁷

²⁷ No art. 2.º, n.º 1, da Directiva 2014/42/UE, define-se o termo “produto” do seguinte modo: “qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal; pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto assim como quaisquer ganhos quantificáveis.” O legislador europeu não autonomiza, como se constata, os dois termos “produto” e “vantagem”, só relevando para efeitos da Directiva os produtos que constituam uma vantagem económica. Por sua vez, o legislador português não optou por quebrar a tradição seguida na nossa ordem jurídica e continuou a utilizar de modo distinto aqueles dois termos. Esta questão não foi descuidada na exposição de motivos da Proposta de lei n.º 51/XII (PL 201/2016), de 15 de Dezembro de 2016: “*Pese embora a diferença na forma, as definições dos conceitos nacionais e comunitários revelam a identidade de âmbito que, no essencial, existe entre uns e outros, pelo que a manutenção da terminologia nacional em nada prejudica o pleno cumprimento das obrigações decorrentes da Diretiva. Não obstante, aproveitou-se o ensejo para procurar obviar a dificuldades práticas que poderiam resultar da distinção entre as regras aplicáveis à perda de produtos e as regras aplicáveis à perda de vantagens, que a lei portuguesa vinha mantendo até aqui. Considerando-se que, muitas vezes, as duas realidades poderão sobrepor-se, opta-se agora por submetê-las a um mesmo regime em matéria de perda, assim se evitando que uma mera diferença de qualificação implique uma alteração substantiva no que respeita à possibilidade de ser determinada a perda da coisa gerada pelo crime.*”

Anteriormente, quando o fundamento do confisco dos produtos era a sua perigosidade, aplicando-se consequentemente o regime do confisco dos instrumentos, via-se razão para a distinção entre produtos e instrumentos, já que, não obstante coincidir o seu regime, não coincidiam os termos, ou seja, um produto não podia ser um instrumento, nem um instrumento podia ser um produto. Se, de acordo com os imperativos europeus, todo o produto é uma vantagem, confiscando-se os produtos porque são vantagens, quer isto significar que o legislador europeu proíbe o confisco de um produto quando ele não constitua uma vantagem, precisamente porque o que fundamenta o confisco de um produto é o facto de a pessoa ter enriquecido ilícitamente com ele. Ao invés do que é dito na exposição de motivos (“as duas realidades [vantagens e produtos] poderão sobrepor-se”), as duas realidades *têm* de se sobrepor. O único motivo que se descortina para autonomizar o termo “produto” do das “vantagens” é o mero facto de este objecto, ao contrário do primeiro, já existir (porque já produzido) antes da prática do facto ilícito-típico. Sem embargo, esta opção pode criar dificuldades práticas, que era precisamente aquilo que, na exposição de motivos, se disse querer evitar. É que esta autonomia pode fazer levar indevidamente a crer que deve haver o confisco de um produto mesmo que ele não constitua uma vantagem, pelo mero facto de se ter criado algo novo, mesmo sem valor patrimonial, quando é sabido que não deve. Se assim fosse, tal e qual como se andou em relação ao disposto no art. 109.º, n.º 3, do CP, não se veria fundamento válido para legitimar a aplicação daquilo que seria uma verdadeira sanção (acessória).

Em suma, se todo o produto tem de ser uma vantagem patrimonial para poder ser confiscado, não se descortina um motivo válido para se manter a autonomia, devendo o legislador, de *iure condendo*, eliminar a al. a) do art. 110.º do CP, de forma a que o n.º 1 contemple apenas as vantagens, seguindo-se assim uma técnica legislativa semelhante à do legislador europeu. Contudo, opta-se pelo termo “vantagem” em detrimento de “produto” (como consta na Directiva) por duas linhas de razões: a) para evitar possíveis confusões terminológicas - fruto precisamente da história legislativa - entre o *antigo* confisco dos produtos e a perda das vantagens; b) porque o

§ 10. De toda a análise da evolução do confisco que tem vindo a ser feita, podem retirar-se algumas das suas notas características no regime português.

A primeira delas, de cristalização bastante remota, apresenta-se sob a forma de princípio, o princípio da proibição do confisco total, que brotou da consideração relativa ao elevado grau de severidade da sanção.

Esta proibição constitui o limite máximo que o legislador português não deve nunca ultrapassar na conformação de um qualquer modelo de confisco. Em conformidade, em Portugal, não existe nenhum caso que admita a privação definitiva de todo o património da pessoa.²⁸

Em segundo lugar, o confisco aparenta desempenhar três funções no direito português: *i*) função de prevenção de perigos (*e.g.*, art. 109.º, n.º 1, do CP); *ii*) função restitutória ou restaurativa, com o intuito de pôr fim a uma situação de enriquecimento ilícito (*e.g.*, art. 110.º, n.º 1, do CP); *iii*) e uma função punitiva (*e.g.*, art. 109.º, n.º 3, do CP). Verifica-se, todavia, que são as duas primeiras que predominam nas opções do legislador português no momento de lhe dar forma, manifestando-se a função punitiva de modo residual. É também pelo ressurgimento de modelos com esta função, através da Lei n.º 30/2017, que é impossibilitada a caracterização do confisco português como uma medida de carácter *exclusivamente* não punitivo, mas sim *predominantemente* não punitivo.²⁹

termo “vantagem” espelha daramente o que fundamenta este modelo de confisco, *sc.* um enriquecimento (ilícito).

²⁸ O mesmo não sucede, p. ex., em França. Cfr. arts. 213-1 e 213-3 (crimes contra a humanidade) do Código Penal francês.

²⁹ Não se deixa de admitir que o aparecimento desta forma punitiva pode ter tido na sua génese um descuido e não uma verdadeira intenção do legislador em trazê-la de novo para o sistema normativo do confisco. Por várias ordens de razão: em primeiro lugar, porque o legislador nunca disse expressamente que era esta a sua intenção, motivo pelo qual há espaço para a edificação deste raciocínio hipotético; em segundo lugar, era já longa a tradição que gozava da ausência de um modelo geral (e não relativo apenas ao tráfico) punitivo de confisco, pelo que a sua aparição segue em contradito com aquela que era prática legiferante no nosso país; em terceiro, este aparecimento deu-se de modo súbito e não progressivo, com a aprovação da Lei n.º 30/2017; o quarto motivo diz respeito justamente ao circunstancialismo que esteve na origem dessa mesma aprovação, já que não surgiu por iniciativa própria do legislador português, mas sim por imperativos provindos do legislador europeu; depois, num quinto, porque não se descortina qual o comando legal na Directiva 2014/42/UE que obrigasse o legislador a andar como andou - no que respeita a alguns crimes fora do âmbito da Directiva - em relação ao art. 109.º, n.º 3, do CP, ressalvando-se o atinente ao art. 12.º-B da Lei n.º 5/2002; por fim, num sexto e último lugar, porque, ao invés do que felizmente demonstra o nosso direito penal, não é prática do legislador a criação de reacções meramente repressivas, que mais não são do que males gratuitos infligidos pelo Estado, já que, no caso concreto, inexistente motivo válido para se passar a confiscar bens que nem sejam vantagens nem sejam perigosos.

Confessa-se que o elemento desestabilizador que desencaminhou o regime geral do confisco num sentido *predominantemente* não punitivo se encontra não no interior do nosso ordenamento jurídico, mas no exterior, no direito europeu, mais concretamente, na Directiva 2014/42/UE, que deu forma a uma “importação acrítica, para o direito europeu, das definições confusas e redundantes provindas do direito anglo-americano que já tinham tomado conta das convenções internacionais [que] fez tábuas rasas de uma terminologia correcta, sedimentada e apurada ao longo de séculos, onde se

A terceira característica diz respeito ao facto jurídico. Todas estas modalidades de confisco têm como pressuposto de aplicação obrigatório um facto ilícito-típico. Significa isto, portanto, que não há confisco quando não tenha existido um específico, preciso e exteriorizado comportamento humano criminal. Para além da prova do facto ilícito resulta ainda necessária a demonstração da sua relação (in)directa com o bem que se pretende confiscar.

Advirta-se, todavia, que a imprescindibilidade do facto ilícito-típico não desemboca necessariamente na conclusão de que é ele o fundamento e participa na determinação da medida do confisco. Certo é que, em todos os casos, ele é pressuposto de aplicação do confisco.

Esta estreita ligação ao “crime” leva até àquele que é o quarto e último apontamento característico deste conceito multiforme que aqui se tenta descrever: a finalidade que se atribui à sua aplicação é a da prevenção criminal. Na sequência, vê-se o confisco como um instrumento de política-criminal.

O confisco não só sempre teve, como continua a ter, uma finalidade de prevenção do crime³⁰. Entende-se que o confisco de um instrumento é apto a remover um perigo associado ao cometimento de um futuro crime, dado que, se serviu ou ia servir para a prática de um crime, já não poderá servir para outro caso porque já não estará nas mãos de quem o utilizou ou ia utilizar.

Por sua vez, a argumentação que sustenta a finalidade de prevenção criminal por detrás do confisco das vantagens é distinta. Ela cristaliza-se no adágio segundo o qual *o crime não deve compensar*. Concretizando, casos há em que, para além do possível sentimento de auto-gratificação que o crime proporciona ao agente, dele resulta uma compensação material que a pena não consegue anular, restando assim condições para que o crime possa compensar e, por isso, para que possa ser mais apetecível. Tem, então, de entrar em campo o confisco das vantagens, ou seja, uma medida paralela à pena, que se dirija ao benefício material,

distinguiam os instrumentos, os produtos e as vantagens do crime” (PEDRO CAEIRO, “O Confisco numa Perspectiva...”, p. 36). Não se deixa de ressaltar que o que acabou de se dizer não exime o legislador português da responsabilidade pela atribuição de uma aparente feição punitiva ao regime geral do confisco.

³⁰ Veja-se o constante na Proposta de lei n.º 51/XII (PL 201/2016), de 15 de Dezembro de 2016, “*Assim, a previsão de molduras penais adequadas para a criminalidade organizada, a par da disponibilização de meios que permitam a deteção, a apreensão, o arresto e a perda dos instrumentos, dos produtos e das vantagens do crime, assumem-se como mecanismos eficazes de combate ao crime gerador de avultados lucros para os seus autores.*”

eliminando-o, tornando o crime menos apetecível e, portanto, menos procurado³¹. É, portanto, neste sentido que o confisco das vantagens parece procurar prevenir o crime.

Já no que tange às suas modalidades punitivas parece entender o legislador que a punição exercida através do confisco subsidiário do valor de um instrumento que não representa perigo desmotivará o agente (prevenção especial negativa), bem como a sociedade (prevenção geral negativa), ao mesmo tempo que lhe revela a inquebrantabilidade da ordem jurídica (prevenção geral positiva).

§ 11. De todas estas características, a única que se apresenta como um fixado limite à actividade legiferante é a da proibição do confisco total. Já as restantes não são em si mesmas limites. Delas não decorre nenhum princípio de proibição de atribuição de uma função punitiva ao confisco, de proibição de consagração de outra finalidade que não a preventiva criminal, nem um dever de determinar o facto ilícito-típico como pressuposto de aplicação da consequência. O único limite manifesto desde há muito tem que ver unicamente com o *quantum* da medida. Não se pretende com o predito afirmar que não existem outros limites impostos ao legislador. Basta pensar na própria legitimação da medida (art. 18.º, n.º 2, CRP), que, entre outras, é avaliada a partir das características de que se vem falando, bem como nos limites que decorrem do ramo de direito onde a medida navega. Entende-se aqui, porém, serem estes os seus limites extrínsecos, comuns a todos os institutos, ao passo que aqueloutro que determina a proibição do confisco total é sim intrínseco, porque, da forma como se foi concebendo o confisco, faz parte da sua essência.

Em suma, após o contacto com todo este circunstancialismo, uma das conclusões que se formou neste processo de conhecimento dos seus traços essenciais é a de que o confisco, em si mesmo, é um instrumento de grande maleabilidade, mas a sua utilização é condicionada pelo espaço e contexto onde ele é operado, cujos limites não estão tão vincadamente traçados. Sabe-se que o confisco *pode* fazer muito, mas parece que não se sabe tão bem *se e como* deve ser utilizado.

³¹ Recorrendo à feliz expressão de H. Nelen, “*hit them where it hurts most*”, H. HELEN, “Hit Them Where it Hurts Most? The Proceeds-of-crime Approach in the Netherlands”, in *Crime, Law & Social Change*, n.º 41, 2004, p. 517.

b) A perda alargada das vantagens

§ 12. Mostra a vivência empírica que a grande maleabilidade acabada de mencionar potencia a concreta utilização do instrumento que tenhamos em mãos, uma possibilidade ainda mais intensificada se dele precisarmos. Se a tudo isto se acrescentar, p. ex., uma mudança de ideologia, de temperamento, de disponibilidade do seu manuseador que promova o uso do objecto, tem-se (quase) tudo o que é necessário para que do pensamento se parta para a acção, ou seja, ao (ab)uso do objecto.

Vistas assim as coisas, não admiraria, então, que o nosso ordenamento jurídico passasse a conter uma nova forma de confisco de vantagens. Foi precisamente o que aconteceu em 2002, com a aprovação da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. A maleabilidade do confisco, mais especificamente a sua modalidade de confisco das vantagens, fê-lo ser *alargado* pelo legislador. Aparecia assim o *confisco alargado* ou a *perda alargada* de bens.³²

O confisco alargado de bens desponta de uma necessidade proveniente de uma verificada constatação: as estratégias patrimoniais de combate à criminalidade³³ não estavam a atingir os seus desígnios preventivos. A opção de política-criminal tomada não passou por alterar os mecanismos de combate já existentes, por ex., através da alteração do seu grau de severidade, mas por criar novos e distintos, ou seja, outros e com outra função³⁴. Identificava-se, portanto, a ineficácia ao nível da função dos institutos.

A sede do problema localiza-se na criminalidade organizada e económico-financeira. O fenómeno que se presencia é o de um enriquecimento de condenados por crimes de natureza reditícia praticados no seio de uma organização criminosa ou até, nalguns casos, fora dela. A essência do problema está na incapacidade de se provar, dados os (insuficientes) meios disponíveis, a conexão entre os factos e o enriquecimento³⁵. E a razão da incapacidade

³² É chegado o momento em que, após se ter considerado saber identificar a modalidade do confisco de vantagens, o foco central deste percurso passa a ser o confisco das vantagens (onde se induem os produtos, segundo cremos). Sem embargo, nos casos em que se revelar necessário, não deixaremos de inevitavelmente utilizar argumentação relativa a outras modalidades de confisco.

³³ Cfr. JORGE GODINHO, “Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau”, in *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa*, Leonel Alves / Paulo Cardinal (coordenadores), Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 139 ss.

³⁴ Segundo G. Stessens, esta política “*strives to curb crime by taking away profits of crime, rather than by punishing the individuals who have allegedly committed the crimes*”. Vd. G. STESENS, *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 12.

³⁵ O que se disse mais não é do que o constante na Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 94/VIII, “*a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado puder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados no decurso de uma carreira criminosa. Ora, o que pode acontecer é que, tratando-se de uma actividade continuada, não se prove no processo a conexão entre os factos criminosos e a totalidade dos respectivos proventos, criando-se, assim, uma situação em que as fortunas de origem ilícita continuam nas mãos dos*

encontra-se no modelo de confisco de vantagens vigente que exige a comprovação da prática de um facto ilícito-típico, de um enriquecimento e de uma ligação entre eles.

Ora, enquanto da comprovação do facto resultará, em princípio, a determinação do enriquecimento, o contrário não é necessariamente verdade, i.e., a verificação do enriquecimento não desemboca na determinação do facto que o originou. Assim, se presumivelmente se entendeu serem insuficientes as medidas existentes, o cerne do problema faz ninho na prova do facto ilícito-típico, caso contrário não existiria problema, já que as medidas até esse momento existentes eram aptas à prossecução desse fim. Era manifesto que este processo inverso, que parte do enriquecimento para o facto, não podia ser desempenhado por um mecanismo que só havia sido desenhado para andar noutro sentido, ou seja, do facto para o enriquecimento.

A solução do problema a nível nacional foi a da criação de um regime de perda alargada³⁶. A estratégia que o legislador utilizou para atravessar aquele que seria um muito conturbado caminho do enriquecimento para o facto não foi a de o percorrer andando, passo a passo (como acontecia nas modalidades existentes – *confisco clássico*), mas sim a de dar um salto de um ponto até ao outro, através da criação de uma presunção, sujeitando-se aos riscos inerentes que lhe estão associados (*confisco moderno*).³⁷

criminosos, não sendo estes atingidos naquilo que constituiu, por um lado, o móbil do crime, e que pode constituir, por outro, o meio de retomar essa actividade criminosa.”

³⁶ A nível europeu o primeiro instrumento legislativo que se debruçou sobre esta nova forma de confisco foi a Acção Comum de 3 de Dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa ao branqueamento de capitais, identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime, JO L 333, 9-12-1998, (cfr. Artigo 1.º, n.º 2). Este regime foi depois “amsterdamsado” (vd. PEDRO CAEIRO, “O Confisco numa Perspectiva...”, p. 27) através da Decisão-quadro 2001/500/JAI, de 26 de Junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime, JO L 182, de 5-07-2001. Em 2005, a Decisão-quadro 2005/212/JAI, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime, JO L 68, 15-03-2005, veio prever três regimes de confisco alargado, devendo os Estados-membros optar por um deles (cfr. Artigo 3.º). Em 2014, a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, JO L 127, de 29.04.2014, veio condensar os três modelos de perda alargada da Decisão-quadro de 2005 num só modelo (cfr. Artigo 5.º, n.º 1).

³⁷ Este corte com o passado fez com que as modalidades de confisco existentes até ao nascimento da perda alargada fossem denominadas pela doutrina de *confisco clássico* (na expressão anglófona “*regular criminal confiscation*”), o que não espanta, tendo em conta a inveteração do seu uso. Em contraponto, o que lhe for posterior será inserido na categoria do *confisco moderno*. Veja-se, a título de exemplo, a seguinte categorização que serve de título à monografia, ANNA MARIA MAUGERI, *Le moderne sanzione patrimoniale tra funzionalità e garantismo*, Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Nuova Serie, 174, Giuffrè Editore, Catania, 2001.

§ 13. O regime da perda alargada vem consagrado na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, nos seus arts. 7.º a 9.º.³⁸

Este regime não se aplica a toda a condenação por um qualquer crime, mas apenas a crimes específicos, elencados num catálogo (cfr. art. 1.º, n.ºs 1, 3 e 4). É, neste sentido, o seu âmbito de aplicação muito mais reduzido do que o do confisco clássico, que abarca todo o ilícito-típico, sem qualquer excepção.

Salienta-se ainda que, ressalvados os casos das alíneas *p*) a *r*), não é exigível que os crimes sejam praticados de forma organizada (n.º 2 do art. 1.º).³⁹⁻⁴⁰

Os requisitos da aplicação da perda alargada são um conjunto de circunstâncias definidas no art. 7.º da Lei n.º 5/2002, cuja verificação cumulativa faz nascer uma presunção legal que, não sendo ilidida, constitui os tribunais no dever de decretar a aplicação desta medida.

O pressuposto primário é o de que o agente seja condenado por um dos crimes do catálogo, e apenas por estes, sob pena de, alargando-se a sua aplicação a crimes de natureza

³⁸ Tal como vem sucedendo em relação ao confisco clássico das vantagens, não se perscrutará minuciosamente o regime da perda alargada, optando-se apenas por mencionar os seus traços essenciais: âmbito de aplicação, requisitos, função e finalidade. A pergunta deste estudo faz desnecessitar uma investigação sobre todos os cantos do confisco clássico e da perda alargada. No que respeita a estudos aprofundados sobre o estado da arte da perda alargada, *vd.* JOHAN BOUCHT, *The Limits of Asset Confiscation – On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*, Hart Publishing, Oxford, 2017, e MALIN THUNBERG SCHUNKE, *Extended Confiscation in Criminal Law, National, European and International Perspectives*, Intersentia, Cambridge, 2017.

³⁹ Este catálogo foi alvo de alterações com a entrada em vigor do art. 2.º da Lei n.º 30/2017.

⁴⁰ Nos ensinamentos de Augusto Silva Dias, “[o] legislador do CPP e da Lei mencionada [sc. Lei n.º 5/2002] parece partir da presunção de que, por exemplo, o tráfico de estupefacientes ou a corrupção passiva são cometidos sempre de forma organizada, o que não só está longe de constituir uma evidência, como abre a porta à aplicação de medidas gravosas a crimes cometidos de forma singular e fora de qualquer contexto organizado.” Contudo, não se segue aqui a visão do Autor. O legislador parte, sim, da presunção de que aqueles crimes do catálogo são susceptíveis, por si só, de gerar um enriquecimento tal (“os fabulosos valores movimentados por este tipo de criminalidade” – cfr. Exposição de motivos) que justificam a aplicação de um regime mais gravoso como é o da Lei n.º 5/2002. Ao passo que os consagrados no n.º 2 do art. 1.º já não o serão, a não ser que praticados no seio de uma organização criminosa. Na medida em que este diploma não tem apenas que ver com a criminalidade organizada, mas também com a criminalidade económico-financeira, não se vê como se pode retirar a conclusão do Autor. Ainda segundo o mesmo, é através do art. 2.º, al. *a*), da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional que, por fazer parte da nossa ordem jurídica interna, se deverá compreender o sentido e alcance de todas as infracções constante de ambos os catálogos legais. Posição que, por força do supramencionado, também não é aqui seguida. Apesar de o catálogo ter sido alterado, mantém-se actual a crítica do Autor segundo a qual “os catálogos, tanto da al. *m*) do art. 1.º do CPP, como do art. 1.º da Lei n.º 5/2002, estão descritos de forma vaga e imprecisa, contendo crimes de distinta gravidade, alguns dos quais puníveis com pena de prisão de limite máximo inferior a 3 anos, como a corrupção para a prática de acto lícito e o tráfico de influência para a obtenção de decisão lícita”. Concluindo, no seguimento, que “[a] sujeição a crimes desta natureza a um regime jurídico excepcional não é compreensível à luz do princípio da proporcionalidade” (*vd.* AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal* (coordenação: Rui do Carmo e Helena Leitão), Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 24 e ss., 40 e 41. *Vd.* ainda JORGE GODINHO, “Brandos costumes?...”, in *ob. cit.*, pp. 1341, “[o] que estará em causa – e deverá ser provado – será uma certa estruturação ou sistematização da actividade ilícita, de forma a que a sua estabilidade ou continuidade do tempo possa razoavelmente induzir a conclusão de que a actividade criminosa se desenvolverá há mais tempo e como tal terá já anteriormente gerado lucros confiscáveis.”

reditícia fora do catálogo, se violar o princípio da legalidade. Ao invés do que sucede com a perda clássica, não basta, então, aqui a prática de um facto ilícito-típico, exigindo-se ainda a verificação de culpa. A decisão de perda tem de ter transitado em julgado, não sendo de considerar, para a sua aplicação, quaisquer outras circunstâncias relacionadas com a pena (p. ex., suspensão da execução, modalidade, duração).

O segundo requisito é o domínio jurídico ou fáctico sobre um património que se mostra incongruente para com os conhecidos rendimentos lícitos do agente (“a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”). Para que ele se verifique preenchido, é, num primeiro momento, necessário perceber se o condenado tem bens⁴¹. Em caso afirmativo, terá de analisar-se se esse património é incongruente com o seu rendimento lícito.

É de salientar que, nas alíneas *b)* e *c)* do n.º 2 do art. 7.º, o legislador decidiu estabelecer, por ser “*compreensível que seja difícil ao arguido provar a licitude dos rendimentos obtidos num período muito anterior ao processo*” (Exposição de motivos), que apenas podem ser declarados perdidos a favor do Estado os bens “[t]ransferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido” (al. *b)*) e aqueles “[r]ecebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino” (al. *c)*). Sofre, por consequência, o requisito aqui em análise uma limitação, só se mostrando válida a perda se o disposto nestas alíneas for cumprido.⁴²

⁴¹ *Vd.* Acórdão do TRP, de 17 de Setembro de 2014, proc. n.º 1653/12.2] APRT.P1, “É necessário ter em conta que a noção de património consagrada neste artigo 7º é uma noção algo ampla, abrangendo mais do que aquilo que está meramente na titularidade do condenado, compreendendo também tudo o que estiver efetivamente ao seu dispor ou conjuntamente ao seu dispor e de terceiros, especialmente de terceiros com quem coabite ou viva em economia comum, ainda que esteja na titularidade desses (ou em contitularidade com esses) terceiros. Por outro lado, também estarão em causa as vantagens que o condenado auferiu no período em que vigora a presunção, independentemente do destino que tenham tido.” Para maiores desenvolvimentos sobre este tópico, JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição...*, p. 105 e ss. No que respeita aos bens do condenado sob o domínio jurídico ou fáctico de terceiros, há que provar que em todo o caso os bens pertencem à esfera jurídica do condenado. Segundo JORGE GODINHO, “Brandos costumes?...”, in *ob. cit.*, p. 1345, “o *thema probandum* é aqui a titularidade, não a origem. A titularidade não se presume, especialmente contra terceiros, o que poderá implicar a necessidade de arguir a simulação de negócios jurídicos.” Sobre os terceiros de boa fé afectados pela dedicação de perda, HUGO LUZ SANTOS, “O acórdão do TEDH *Varvara c. Itália* e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no “crime doesn’t pay”?”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXIII, n.º 334, 2014, pp. 103 e ss.

⁴² É exactamente por esta razão que o MP, no acto de liquidação, apenas deve ter em consideração os bens que cumpram com o disposto nestas alíneas. Revelar-se-ia manifestamente incompreensível que o MP, mesmo sabendo que certo bem é pertença do arguido há mais de cinco anos, o considerasse para efeitos de liquidação. A possibilidade de não confiscar todo o património foi um risco assumido pelo legislador e, por isso, não resta ao intérprete senão respeitar a sua opção. Em sentido contrário, i.e., de que o MP deve identificar *todo* o património do arguido – por se presumir que todo ele foi adquirido nos últimos cinco anos – no acto de liquidação, *v.* JORGE GODINHO, “Brandos costumes?...”, in *ob. cit.*, pp. 1319 e 1320, e JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 36.

§ 14. Para além dos pressupostos supramencionados, existe um entendimento de que há ainda um terceiro requisito de que o MP necessita de fazer prova, sob pena de não estarem reunidas as condições para a correcta edificação da presunção: a existência de uma *actividade criminosa* anterior do condenado da mesma espécie dos crimes previstos no catálogo⁴³. Esta orientação comporta em si uma atenuação: o requisito preenche-se desde que o MP demonstre que a existência de anteriores actos similares aos acusados é “muito provável”⁴⁴, não se exigindo, portanto, ao MP um estalão de prova situado para lá da dúvida razoável. Acima de tudo, este entendimento assenta no argumento de que, se assim não fosse, colocar-se-ia sobre o condenado um ónus excessivo⁴⁵, não se compatibilizando a presunção da proveniência criminosa do património incongruente com as exigências advenientes do princípio da proporcionalidade.⁴⁶

Em oposição a esta corrente, apresenta-se outro entendimento que defende a inexistência deste pressuposto suplementar, caso contrário, estar-se-ia a impor ao MP uma “*diabolica probatio*”⁴⁷, redundando esta exigência na ineficácia do instituto.

Segue-se aqui este último entendimento, embora somente no que tange à sua conclusão e já não à fundamentação.

O argumento provém imediatamente da letra do art. 7.º, n.º 1. Olhando para ela, verifica-se uma clara compartimentação dos elementos constituintes de uma presunção: *facto-base* ou *indiciário* e *facto presumido*.

Por se tratar de uma norma jurídica, para além destes elementos surgem ainda outros dois: o destinatário (da consequência) e a consequência da norma. Estes dois últimos encontram-se na primeira parte da norma: “Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º” (*facto-base* ou *indiciário* – condenação - e referência ao destinatário

⁴³ Neste sentido, *vd.* PEDRO CAEIRO, “Sentido e Função...”, in *ob. cit.*, pp. 314 a 316; JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 11 a 17;

⁴⁴ JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 13; PEDRO CAEIRO, “Sentido e Função...”, *ob. cit.*, p. 317, que fala em indícios “*que dão preponderância à probabilidade de o condenado ter tido uma actividade daquele género.*”

⁴⁵ JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 12; PEDRO CAEIRO, “Sentido e Função...”, *ob. cit.*, p. 316.

⁴⁶ PEDRO CAEIRO, “Sentido e Função...”, in *ob. cit.*, p. 316. De salientar que o Autor adianta ainda um argumento que tem que ver com a própria hermenêutica do instituto: “*se não fosse necessário provar a actividade criminosa – isto é: se a presunção se baseasse apenas na condenação e na incongruência patrimonial -, o legislador não a teria mencionado explicitamente na norma que designa os pressupostos da medida.*”

⁴⁷ JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição...*, p. 110. Diz o Autor, no seguimento, que “*é quase impossível demonstrar – ainda que com base em padrões probatórios menos exigentes - a probabilidade de uma actividade criminosa, maxime de um crime do catálogo, quando se investigou e não se recolheram indícios da sua prática.*” No mesmo sentido segue JORGE GODINHO, “Brandos costumes?...” in *ob. cit.*, p. 1343. O nosso STJ também já se pronunciou neste sentido, *vd.* Acórdão do STJ, de 24 de Outubro de 2006, proc. n.º 06P3163.

da consequência jurídica– agente condenado); “e para efeitos de perda de bens a favor do Estado” (consequência jurídica – confisco).

Os restantes elementos da presunção foram deixados para a segunda parte da norma: “a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito” (facto-base ou indiciário - incongruência); “presume-se constituir vantagem *de* actividade criminosa” (facto presumido – enriquecimento ilícito) – itálico nosso.

Ora, a expressão “actividade criminosa” desempenha aqui uma função de predicação ou caracterização do conceito “vantagem”. Se “vantagem” é o resultado da presunção (facto presumido), como claramente expressa o legislador, também deverá ser aquilo que a complementa, precisamente porque faz parte dela através da preposição “de” que os liga. Assim, fazendo a “actividade criminosa” parte do facto presumido (e não do facto-base ou indiciário), mostra-se desnecessário prová-la.

Outro argumento na defesa desta posição tem que ver com o artigo “de” (actividade criminosa). A utilização de um artigo indefinido faz crer que, na óptica do legislador, desinteressa identificar qual, em concreto, é a actividade criminosa de que provieram as vantagens. Se este fosse o caso, poder-se-ia depreender que o recurso ao artigo “da” (actividade criminosa) indicava que o objecto do confisco não era as vantagens de uma qualquer actividade criminosa, mas de uma em concreto. Sendo que esta especificidade implicaria necessariamente a demonstração de uma concreta e provada actividade.

É deste complemento que se retira a *ratio* da opção legislativa, pelo que, na sequência, a actividade criminosa, para o legislador, não parece ter sido encarada como um requisito autónomo carente de prova, tais como são o requisito “condenação” e “incongruência patrimonial”⁴⁸. É através do lugar que a expressão “actividade criminosa” ocupa na norma (e não da sua mera menção explícita), bem como da utilização de um artigo indefinido (“de”) que se determina se ela deve ou não ser provada, ou seja, se ela faz parte do facto-base ou do facto presumido. Para tal, basta, nesta dialéctica com o legislador, perceber que a resposta à pergunta “O que é presumido?” parece bastante clara: “presume-se” uma vantagem *de* actividade criminosa (facto presumido). A pergunta que naturalmente se segue àquela é “De que factos-base parte?” e obtém-se nova resposta bem determinada: da *incongruência patrimonial*/da diferença entre o valor do património do *condenado* (por um crime do catálogo) e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

⁴⁸ Em sentido contrário, PEDRO CAEIRO, “Sentido e Função...”, in *ob. cit.*, p. 315.

Nestes termos, tendo o legislador expressamente colocado a expressão “actividade criminosa” no lugar do facto presumido, e dada a própria essência de uma presunção, parece ser desnecessária a sua demonstração, não se apresentando como um requisito autónomo da perda alargada. A incongruência patrimonial de um condenado (por um dos crimes do catálogo) é, por sua vez, o *facto-base da presunção* que deve de ser provado.

Este último também possui um artigo determinativo, já que não se trata de uma incongruência patrimonial qualquer, mas apenas a *de* um condenado por um dos crimes referidos no art. 1.º. Neste sentido, a densificação do facto-base obriga ainda à prova daquele complemento, que se apresenta então como o segundo e último critério da perda alargada.

A “prova dos nove” de que o facto presumido é constituído pelo complemento “vantagem de actividade criminosa” faz-se através do disposto no art. 9.º, n.º 3, al. *a)*, da Lei n.º 5/2002, onde se prevê a única possibilidade de ilidir a presunção aqui em crise: a prova de que os bens “resultam de rendimentos de actividade lícita”. É única porque só ela diz respeito ao facto presumido (“vantagem de actividade criminosa”), enquanto os casos elencados nas als. *b)* e *c)* dizem respeito ao facto-base ou indiciário (“incongruência patrimonial”), mais concretamente aos bens que podem ser utilizados para formar esse facto-base (excluem-se aqueles bens que estão para lá da “barreira de fogo”⁴⁹ dos cinco anos).

Confirma-se, deste modo, que discutir sobre a origem lícita ou ilícita dos bens é discutir sobre a validade do resultado da presunção, ou seja, sobre o facto presumido, e, se assim é, então deve reconhecer-se que o critério “actividade criminosa” faz parte do facto presumido e não do facto-base e que, por isso mesmo, não é requisito necessitado de comprovação probatória para a aplicação da perda alargada.⁵⁰

§ 15. A consideração segundo a qual o enriquecimento criminoso é requisito presumido conduz até à conclusão de que esse parece ser o fundamento da perda alargada. Como se viu anteriormente, o que esteve na base da criação da perda alargada foi uma necessidade de continuar a eliminar as vantagens provenientes de actividade criminosa, já que o confisco clássico não se revelava suficiente para fazer face a esse fenómeno. Hão-de, pois, coincidir, entre o confisco clássico e o alargado, os fundamentos e as finalidades. Aplica-

⁴⁹ Assim, PEDRO CAEIRO, “Sentido e Função...”, *ob. cit.*, p. 314.

⁵⁰ Os argumentos da doutrina que defendem a inexistência deste critério dada a *diabolica probatio* do MP (ver nota n.º 47), bem como os que andam em sentido contrário e são atinentes à legitimidade do instituto (PEDRO CAEIRO, “Sentido e Função...”, in *ob. cit.*, p. 316.), não se afiguram ser susceptíveis de responder à questão “quais *são* os requisitos da perda alargada?”, mas sim àquela que se configuraria deste modo: “quais *deveriam* ser os requisitos?”

se a perda alargada com o desígnio de cumprir o adágio “o crime não deve compensar”, confiscando-se o benefício material de uma presumida actividade criminosa e tornando assim o crime menos apetecível (finalidade de prevenção criminal). Deixou-se já também antever a sua função (retirar o benefício material – função restitutória – colocando o condenado no seu *status quo ante*), também coincidente com a do confisco das vantagens clássico.

Partilham, aparentemente, estas duas modalidades de confisco de vantagens do mesmo fundamento (enriquecimento ilícito), função (restitutória, anunciada comumente como não punitiva) e finalidade (preventiva criminal), sendo que uns dos aspectos que parece distingui-las serão então o âmbito de aplicação e os concretos requisitos de cada uma, no seguimento do já anteriormente aludido sentido da trajectória de ambas relativa à sua lógica operante: no confisco clássico retiram-se bens de origem comprovadamente ilícita; na perda alargada, que assenta na problemática daquela comprovação, confiscam-se a determinados condenados os bens de presumida origem ilícita.⁵¹

§ 16. No caminho aqui percorrido, com a finalidade de conhecer os traços essenciais do confisco plasmado no CP e na Lei n.º 5/2002, avançaram-se as últimas conclusões que antecedem o momento em que naturalmente surgiu a questão atinente à natureza jurídica das modalidades do confisco de vantagens, primordiais neste estudo.

De facto, o surgimento desta pergunta é visto como normal, porque a finalidade do sujeito que a coloca é meramente a de conhecer algo que lhe é novo. A curiosidade humana parece vir reflectida no questionamento que costuma surgir após a observação de um objecto novo. Este conjunto de questões dizem respeito à identificação do objecto observado. Um bom exemplo deste processo mostra-se através da construção do conceito de “OVNI” (com

⁵¹ Há quem entenda que a circunstância de estar perante um confisco de bens de presumida origem ilícita faz com que esta medida assuma uma função punitiva, porque desconsidera o *risco* de confiscar património que não consubstanciava uma vantagem ilícita. Neste sentido, no que respeita à forma de confisco alargado em Itália, constante no art. 12 *sexies* do Código penal italiano, veja-se ANNA MARIA MAUGERI, *ob. cit.*, p. 524. Não se segue aqui este entendimento porque esta argumentação pode ser dirigida à legitimação da medida, *maxime*, à (des)proporcionalidade, não afectando a interpretação da função que ela desempenha no ordenamento jurídico. Caso contrário, estar-se-ia a propender para a eliminação de presunções do espectro jurídico, no sentido em que o *risco* que lhes está na essência poderia fazer delas medidas punitivas.

Para além disso, parece haver naquela argumentação uma mistura de planos de raciocínio, mais concretamente o plano da medida e o da decisão de aplicação da medida. Uma medida não é punitiva em função da decisão que a aplica. Uma incorrecta ou injusta aplicação de uma medida não faz desta uma medida punitiva, mas sim, e quando muito, cria uma decisão injusta através da aplicação de uma medida, independentemente da sua função, e que já tinha a sua função antes de vir a ser aplicada. Ou seja, aquela argumentação parece sustentar uma conclusão de um plano a montante, *sc.* a função da medida, com argumentação de um plano a jusante, *sc.* o (da justiça) da decisão de aplicação dessa medida, porque, em síntese, defende que esta modalidade de confisco, assente numa presunção, tem uma função punitiva, na medida em que a sua aplicação pode criar situações injustas. Por esta ordem de ideias, até nos arrisamos a dizer que qualquer consequência jurídica pode ser punitiva, já que todas elas partilham naturalmente do risco associado à sua aplicação.

que se designa a classe e o próprio ente classificado), que pretende designar um objecto voador não identificado. Este conceito representa, então, a não obtenção de convictas conclusões relativas à identificação de um objecto ao ponto de ele passar a ser um “objecto (voador) identificado” e de merecer um conceito próprio (*e.g.*, o avião). Está aqui expressado um exemplo do natural procedimento racional que se leva a cabo no conhecimento do mundo que nos rodeia.

Em forma de analogia, o momento em que se termina de conhecer superficialmente alguns traços do confisco de vantagens é semelhante àquele fugaz momento de quem viu um objecto voador e ainda não o identificou. Um momento que durará o tempo da resposta à pergunta: “O que é, afinal, este objecto?”

Assim, não obstante a sua visualização e conseqüente descrição, o facto de não se saber o que é o confisco fez nascer a pergunta atinente à sua natureza jurídica. No fundo, navega-se aqui no âmbito das implicações que brotam do facto de o confisco das vantagens ser como é, ou, mais rigorosamente, de ser como foi fugazmente visto. O objecto não identificado é aqui o confisco das vantagens, o mesmo será dizer, a sua natureza jurídica.⁵²

§ 17. O ponto da situação no processo de conhecimento desta consequência jurídica mostra-se assim esclarecido e resume-se, por ex., através desta pergunta: “As modalidades de confisco das vantagens previstas no CP e na Lei n.º 5/2002 têm natureza jurídico-penal?”

O primeiro impulso na tarefa de avançar com uma tentativa de resposta consistiu na apreciação de respostas já cristalizadas na doutrina e jurisprudência nacionais. A finalidade principal continuava a ser apenas a de conhecer o confisco das vantagens. Neste sentido, manteve-se a opção de explorar meramente os traços essenciais daquelas respostas no seio de um reduzido âmbito da análise, composto apenas por parte da doutrina nacional e por parte da jurisprudência do TC.

c) Respostas à questão da natureza penal do confisco clássico

§ 18. Antes da Reforma penal de 1995, quando o pressuposto de aplicação do confisco clássico de bens ainda era o “crime”, Damião da Cunha era da opinião de que a sua

⁵² Sobre o apuramento da natureza enquanto “*identity question*”, *vd. infra* Capítulo II, § 41.

natureza jurídica era penal por ser uma autêntica pena acessória, já que a sua aplicação estava dependente do apuramento da culpabilidade do agente.⁵³

Como consequência natural do risco de quem se debruça sobre criações humanas, com a alteração legislativa promovida pela Reforma (o “crime” passou a “facto ilícito-típico”), as premissas de que partiu este raciocínio caíram, parecendo a sua conclusão ficar órfã de sentido.

Independentemente desta alteração, é de destacar o caminho percorrido pelo Autor. Verifica-se que no seu entendimento uma consequência jurídica tem natureza penal se um dos pressupostos da sua aplicação for a culpa criminal. Assim sendo, o critério por si utilizado para determinar a natureza penal parece ter sido um critério relativo à culpa criminal.

As conclusões imediatamente preditas são resultado de um raciocínio dedutivo feito com base na argumentação do Autor. É interessante verificar que a técnica argumentativa por si seguida não recaiu sobre a opção de avançar com a premissa maior do seu raciocínio silogístico, que teve de ser deduzida, nos termos da qual “uma consequência jurídica tem natureza penal quando um dos pressupostos da sua aplicação for a culpa criminal”. Aquilo que foi deixado expressamente foi, sim, a premissa menor desse caminho (a aplicação do confisco clássico das vantagens está dependente do apuramento da culpabilidade do agente) e a sua conclusão (*logo*, o confisco clássico das vantagens tem natureza jurídico-penal). A dedução da premissa maior é o símbolo de que um critério utilizado na identificação da natureza jurídica pode ter de ser descoberto se não vier mencionado expressamente na fundamentação.

É desta noção de que é necessário descobrir conclusões cujo objecto é o universo de argumentos utilizados que brota a convicção de que o estudo das respostas à questão da natureza jurídico-penal é susceptível de envolver complexidade, cujo grau parece estar dependente da forma como se decide expor uma teoria.

No caso de esta interpretação coincidir com aquela que era a intenção do Autor, afirmar-se-á que, de acordo com o seu critério, após a alteração do pressuposto de aplicação do confisco clássico das vantagens para “facto ilícito-típico”, a conclusão em princípio seguiria no sentido contrário, ou seja, no de que esta modalidade de confisco não teria natureza penal. Circunstancialismo que faz vincar uma ideia de contingência e consequente

⁵³ JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7.º- 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Económico-Financeira)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. III, 2009, p. 7.

periclitância de uma qualquer resposta em torno da natureza jurídica deste instrumento e, neste sentido, até de qualquer outro.

§ 19. Através de uma extensão teleológica da norma vigente até à supramencionada Reforma, noutra sentido andou Figueiredo Dias que construiu o seu pensamento partindo da premissa de que em causa estaria a prática de um facto ilícito-típico e não de um crime. Segundo este Autor, o confisco clássico das vantagens não deve ser visto como uma pena acessória, devendo, sim, ser tido como uma “*providência sancionatória de natureza análoga a uma medida de segurança*”⁵⁴, porque a finalidade da sua aplicação é a de prevenir a prática de futuros crimes⁵⁵ e o facto ilícito-típico é pressuposto dessa aplicação.

O Autor, para além de olhar para o facto ilícito-típico como pressuposto da aplicação da medida, parece entender que ele desempenha ainda a função de factor de determinação da proporcionalidade do confisco, já que, para si, a medida do instituto está dependente da gravidade do ilícito-típico cometido⁵⁶, embora esta argumentação não seja utilizada na fundamentação relativa à natureza da consequência.

Não obstante não a apresentar como uma pena, o Autor vê esta modalidade como um instituto de natureza jurídico-penal, dada a sua expressa analogia precisamente com uma medida de segurança, cuja natureza é reconhecidamente penal.

Num sentido idêntico e com fundamentação semelhante, no que respeita à defesa da natureza jurídico-penal do confisco clássico de vantagens, segue Pedro Caeiro. No seu entendimento, esta medida é um *tertium genus* das reacções penais: “*Todas visam finalidades de prevenção criminal e todas arrancam de um tronco comum – um concreto facto ilícito-típico-, requerendo depois, circunstâncias particulares (que aliás não são mutuamente exclusivas): a pena exige culpa; a medida de segurança exige a perigosidade do agente; a perda basta-se, muito prosaicamente, com a exigência de vantagens patrimoniais obtidas através da prática do crime.*”⁵⁷

No que tange à técnica argumentativa, da análise conjunta das respostas destes dois autores, mais uma vez a premissa maior da lógica do seu raciocínio não foi escrita, daqui

⁵⁴ É esta a doutrina maioritária em Portugal, senão veja-se: JORGE GODINHO, *ob. cit.*, pp. 1349; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a ed., Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, 2010, p. 360; LEAL HENRIQUES e SIMAS SANTOS, *O Código Penal de 1982: Referências Doutrinárias, Indicações Legislativas, Resenha Jurisprudencial*, Rei dos Livros, Lisboa, 1986, p. 545. Resulta ser esta também a tese seguida pela nossa jurisprudência, senão veja-se, a título de exemplo, os Acórdãos do TRP de 31.05.2017 (proc. n.º 259/15.9IDPRT.P1) e de 12.09.2018 (proc. 260/16.5IDPRT.P1) (consultados ambos em www.dgsi.pt).

⁵⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 638.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 635.

⁵⁷ PEDRO CAEIRO, “Sentido e Função...”, in *ob. cit.*, p. 308. Caminhando neste sentido, parece ir MARIA DO CARMO SILVA DIAS, *ob. cit.*, p. 97.

resultando de novo a necessidade de ser deduzida da sua conclusão e da premissa menor: o confisco clássico das vantagens tem natureza jurídico-penal (conclusão), porque a sua finalidade é preventiva criminal e um dos seus pressupostos de aplicação é o facto ilícito-típico (premissa menor). Logo, as consequências jurídicas têm natureza jurídico-criminal quando a sua finalidade for preventiva criminal e um dos seus pressupostos de aplicação for o facto ilícito-típico (premissa maior). Por conseguinte, resume-se a argumentação destas respostas à utilização de dois critérios, de verificação cumulativa, atinentes à finalidade (preventivo-criminal) da consequência jurídico-penal e aos pressupostos da sua aplicação (facto típico-ilícito).

Quando contraposta com o conteúdo da fundamentação de Damião da Cunha, existe divergência no que à utilização dos critérios de apuramento da natureza jurídico-penal diz respeito. Inicialmente assistiu-se ao recurso a um só critério cuja essência era a culpa criminal, e agora a dois, de verificação cumulativa, relativos à finalidade da aplicação e ao facto ilícito-típico enquanto pressuposto de aplicação de uma consequência jurídica. Ora, na medida em que o critério relativo à culpa diz respeito a um pressuposto de aplicação de uma consequência, tal como sucede precisamente com o critério relativo ao facto ilícito-típico, pode-se agrupá-los numa mesma categoria ou classe que é a dos critérios relativos aos pressupostos de aplicação da consequência, à qual não pertencerá, por força da lógica aqui operada, o critério da finalidade da consequência jurídica.

Não obstante todas as diferenças salientadas, a conclusão final sobre a natureza penal desta modalidade foi idêntica.

Neste primeiro contacto com a temática relativa à determinação da natureza jurídica do confisco clássico de vantagens, uma ideia interessante a reter consiste no facto de, até ao momento, não se ter lidado com argumentos que fundamentassem a escolha e utilização dos critérios.

Deixam-se assim sintetizadas quatro principais ideias da análise destas respostas: *i)* o confisco clássico das vantagens tem natureza jurídico-penal; *ii)* a premissa maior do critério de identificação não é mencionada expressamente, havendo a necessidade de a obtermos por dedução; *iii)* utilizam-se distintos critérios (critério relativo à finalidade e critérios relativos aos pressupostos de aplicação – critério do facto ilícito-típico e critério da culpa criminal); *iv)* a escolha e aplicação dos critérios carece de fundamentação.

§ 20. Em contraposição com as doutrinas anteriores, no que respeita à sua conclusão final, apresenta-se Hélio Rodrigues, para quem esta modalidade de confisco (bem como a do

confisco alargado, dado o aparente tratamento unitário por si operado em relação ao apuramento da natureza) não tem natureza penal, sendo, sim, uma consequência jurídica do facto tipicamente relevante de natureza puramente civil que visa a restituição, colocando o agente na mesma situação em que estaria se o crime não tivesse sido cometido⁵⁸. Não é, por isso, uma modalidade de prevenção de perigos, nem repressiva, mas puramente restaurativa. Não é este o único motivo, já que o Autor recorre ainda a outros seis para justificar a natureza não penal: *i*) por via do princípio da legalidade, o confisco das vantagens não se encontra no catálogo das penas ou medidas de segurança previstas no CP, nem, conseqüentemente se submete ao regime de determinação das penas; *ii*) o confisco das vantagens não responde a nenhum dos fins das penas; *iii*) o seu regime não está submetido ao princípio *nulla poena sine culpa*; *iv*) ele não reflecte o carácter pessoalíssimo da pena; *v*) nele não intervém qualquer consideração quanto à proporcionalidade entre o crime e o confisco; *vi*) e, por fim, porque não soa bem ao ouvido do jurista actual que o confisco, tendo natureza penal ou sancionatória, possa ser aplicado sem condenação do visado.

A primeira nota a retirar diz respeito à conclusão final desta resposta (natureza jurídico-civil) que, ao seguir em sentido oposto às anteriores, faz com que a doutrina nacional não se apresente unânime. Circunstância que se pode constituir como indício da complexidade do processo decisório com que se lida.

Depois, numa segunda nota, mais uma vez, a opção desembocou na não menção expressa do critério utilizado, consubstanciada na premissa maior do raciocínio. Lançando-se mão de um processo dedutivo, se a natureza não é jurídico-penal (conclusão) porque a modalidade é restaurativa (premissa menor), então as consequências jurídico-penais não são, para o Autor, restaurativas (premissa maior).

Com foco apenas no primeiro dos sete argumentos, nesta tentativa de descoberta do critério utilizado, ele parece, então, dizer respeito à função que uma consequência jurídica desempenha no seio de um ordenamento jurídico. Assim sendo, ao conjunto de critérios até então apreciados deve-se acrescentar agora este último, cuja premissa maior não tem por

⁵⁸ HÉLIO RODRIGUES, “O Confisco das Vantagens do Crime: Entre os Direitos dos Homens e os Deveres dos Estados – A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em Matéria de Confisco”, in *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2018, pp. 46, 47 e 53. O Autor coloca a medida não só fora do âmbito penal como também do âmbito administrativo: “O confisco das vantagens do crime, não poderá, desde logo, considerar-se uma medida ou sanção administrativa, exercida com base no *ius imperium* dos Estados, desde logo porque este mecanismo ablativo não é resultado de uma decisão da Administração do Estado, no exercício das suas competências próprias, mas antes representa uma decisão e um mecanismo puramente jurisdicional, tramitado, decidido e executado pelos tribunais, e não pelo poder executivo.” Em sentido oposto, *vd.* JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira – A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro de 2002*, Universidade Católica, Porto, 2017, p. 22.

essência um pressuposto de aplicação da consequência jurídico-criminal ou a sua finalidade, mas sim a função da própria consequência.

Os restantes critérios utilizados, na sua maioria, têm que ver com características da pena criminal e não propriamente com características das consequências jurídico-criminais. Lança-se mão, primeiramente, de um critério relativo à sistematização do CP, como se o lugar ocupado pelas normas fosse determinante na sua qualificação. De seguida, opta-se por utilizar os já conhecidos critérios relativos à finalidade da aplicação das penas e à culpa criminal, para se prosseguir com outros, atinentes ao destinatário da aplicação de uma pena, ao processo de determinação da proporcionalidade do confisco e, por fim, a um critério relativo a um *feeling* dos juristas. Esta multiplicidade de critérios desperta o interesse pela questão que qualifica os critérios como alternativos ou cumulativos, que não conhece aqui resposta.

Neste caso, o recurso a critérios distintos desembocou numa conclusão final oposta à das anteriores respostas. O que daqui se pode depreender é a ideia de que a utilização de um critério distinto pode, embora não necessariamente, produzir resultados opostos, assim se manifestando a relevância que a escolha da fundamentação assume nestes domínios. Uma convicção que não vem, porém, espelhada nas respostas perscrutadas que têm optado por não fundamentar aquela escolha, das quais esta última resposta não é excepção. Em simultâneo, verifica-se que a utilização de um critério idêntico não resulta necessariamente numa conclusão idêntica, assim se espelhando a subjectividade que a mesma envolve.

Em jeito de actualização das quatro principais ideias formadas anteriormente, vem esta última posição da doutrina alterar apenas a primeira delas, segundo a qual o confisco clássico das vantagens tem natureza jurídico-penal. A não unanimidade da conclusão final das várias respostas é a ideia que vem substituir a anterior. Quanto às restantes, saem elas reforçadas, tendo em conta que este é mais um caso em que há que deduzir a premissa maior dos critérios, que se revelaram, na sua maioria, distintos em relação aos anteriores já perscrutados e cuja escolha e aplicação também não veio fundamentada.

§ 21. À medida que se anda pela rama da questão da natureza jurídico-penal do confisco clássico das vantagens começa a ser notória uma transversal sensação de dúvida. Se se atentar bem às quatro ideias que se tem vindo a enfatizar, todas elas têm em comum uma negação: *i)* a atribuição de natureza jurídico-penal *não* é unânime; *ii)* a premissa maior do critério aplicado *não* é mencionada expressamente; *iii)* *não* se utiliza um só critério, mas vários; *iv)* a escolha e utilização destes critérios *não* é fundamentada.

A primeira e a terceira expressam o carácter multiforme das respostas, enquanto a segunda e a quarta evidenciam o seu carácter enigmático. Ao longo de um processo de conhecimento de um objecto novo, a convivência destas duas características costuma gerar novas questões que representam um distanciamento da questão principal. Neste estado, de facto, não demoram a surgir questões como sejam: “Afinal, tem ou não natureza jurídico-penal?”, “Sendo vários, qual o critério de apuramento da natureza jurídico-penal que se deve utilizar?”, e “Porquê este(s)?”. Quando assim é, é sabido de antemão que se fracassará na missão de fornecer respostas às perguntas de um qualquer interlocutor curioso, que, não satisfeito por ter sabido apenas *qual* é a natureza e *qual* o critério utilizado, ainda chegasse ao ponto de lançar um terceiro *qual*, *sc.* “*Qual* o fundamento dessa concreta utilização?”. De onde nasceria a resposta: “Não se sabe”, que acabaria por deixar aquele interlocutor com a mesma dúvida que o fez colocar a questão. Que é precisamente aquilo que aqui sucede após o contacto com as diversas respostas, na medida em que também se tem vindo aqui a desempenhar este papel de interlocutor curioso.

Esta preocupação com a fatal incompletude da resposta à questão da natureza jurídico-penal do confisco clássico das vantagens, que tem vindo a patrocinar este veículo da dúvida, seguiu em direcção à jurisprudência do Tribunal Constitucional (doravante TC) em busca de respostas.

O Acórdão do TC n.º 336/2006⁵⁹ rapidamente se mostrou inútil, na medida em que se limitou a concluir que o confisco clássico das vantagens é uma “*providência sancionatória penal*”, cuja fundamentação se identificou, por remissão, com a de Figueiredo Dias, supra exposta.

No respeitante à conclusão final acerca da natureza jurídica desta modalidade, assiste-se a um reforço daquela que se apresentou como a corrente maioritária, nos termos da qual o confisco clássico das vantagens tem natureza jurídico-penal. Neste momento é já claro este entendimento, assim caindo as vestes da dúvida que se utilizou precisamente na formulação desta, até então, principal questão.

Em simultâneo, o mesmo parece suceder em relação aos critérios que consubstanciam a directa fundamentação dessas respostas, dado que parece predominar o método de apuramento da natureza jurídico-penal desta modalidade assente em dois critérios, de verificação cumulativa, relativos à finalidade da aplicação da consequência (preventiva criminal) e a um pressuposto dessa aplicação (facto ilícito-típico).

⁵⁹ *Vd.* Acórdão da 2.ª Secção do TC n.º 336/2006 (relator Cons. Benjamim Rodrigues), proc. n.º 901/05, de 18 de Maio.

Deste modo, tendo em conta o curto universo percorrido, o ténue contacto estabelecido com esta questão permitiu conhecer aquela que é em regra a conclusão final das suas respostas, bem como os critérios que presidiram à sua fundamentação.

Sem embargo, outro dos efeitos produzidos pela análise deste Acórdão do TC foi o do robustecimento do carácter enigmático dos próprios critérios, dado o ensurdecido silêncio relativo à sua escolha e utilização que ambientou as várias respostas. A fonte da inquietude não está presa ao sentido das respostas e à sua fundamentação, mas sim à base desta última, ou seja, ao porquê dos porquês ou, mais concretamente, ao porquê de serem estes os critérios aplicados.

Por conseguinte, a herança deixada pela análise de respostas nacionais à questão da natureza jurídica do confisco clássico das vantagens foi essencialmente constituída por uma (predominante) resposta, segundo a qual este instituto tem natureza jurídico-penal, porque o critério da finalidade (preventiva criminal) e o critério do pressuposto de aplicação (facto típico-ilícito) se mostram preenchidos, e por uma (permanente) questão sem resposta: “Por que razão são estes os critérios aplicados e não outros?”

Foi neste estado de (des)conhecimento que esta modalidade de confisco deixou de ser objecto desta análise para passar a ser a modalidade de confisco alargado das vantagens. A finalidade já não era somente a de conhecer o sentido das respostas à questão da natureza penal desta modalidade. Para além deste objectivo, pretendeu-se ainda verificar se os critérios aí utilizados coincidiam com aqueles aplicados pela corrente maioritária relativa ao confisco clássico das vantagens, ou seja, quis-se conhecer para confirmar. Como não poderia deixar de ser, este novo objecto de estudo revelava-se uma nova e boa oportunidade para buscar por respostas à questão relativa à fundamentação da escolha e utilização dos critérios.

d) Respostas à questão da natureza jurídico-penal da perda alargada

§ 22. Virando as agulhas para o confisco alargado de bens ou perda alargada, surge uma súbita e incontestável percepção: não são os mesmos pressupostos do confisco clássico, motivo que justifica e obriga a uma autonomização da questão em torno da sua natureza.

Poder-se-ia pensar que a resposta à questão estava já condenada ao fracasso na medida em que, como se viu supra, nem sequer há unanimidade na doutrina em relação aos próprios pressupostos da perda alargada, mais concretamente no que respeita à (não) consideração da “actividade criminosa” como requisito. Contudo, verifica-se que não é ele

tido em conta no momento de apurar a natureza da perda alargada, razão pela qual existem bases seguras para levar a cabo essa tarefa de um modo unitário.

No universo das respostas nacionais proferidas por causa da natureza jurídica desta modalidade de confisco de vantagens, começa-se com a posição de Jorge Godinho. Para o Autor, é esta uma medida de natureza jurídico-penal, por várias razões: “*depende de uma condenação penal, a sua teleologia orienta-se para fins de prevenção criminal; o regime subsidiário é constituído pelas regras gerais sobre confisco das vantagens do crime constantes do CP; e a prova faz-se nos termos do processo penal.*”⁶⁰

Numa primeira nota, apesar se ter alterado o objecto de análise, continua a existir a necessidade de descobrir as premissas maiores dos vários critérios aplicados. Algo que acaba por ser natural, dado que o método de argumentação não depende do objecto sobre o qual se debruça.

Se a perda alargada tem natureza jurídico-penal (conclusão final) porque “depende de uma condenação penal” (premissa menor), então as consequências jurídico-penais dependem de uma condenação penal (premissa maior). Assim sendo, o critério aqui em jogo parece ser relativo a um pressuposto de aplicação das consequências. Desta vez, o pressuposto não é a culpa criminal, nem o facto ilícito-típico, como eram os critérios anteriormente inseridos naquela categoria, mas sim o pressuposto “condenação penal”. Olha-se, então, para um critério novo neste percurso.

Novidade já não é o segundo critério, porque é relativo à finalidade (preventiva criminal) da aplicação de uma consequência jurídico-criminal, que sustenta a corrente maioritária que defende a natureza penal do confisco clássico das vantagens.

Parece ser desta última conclusão que o Autor parte para a aplicação do seu terceiro critério, cuja essência é o regime jurídico da consequência jurídica. Nos seus termos, uma medida terá natureza penal se o regime jurídico, pelo menos o subsidiário, tiver natureza penal. Na sequência, se o confisco clássico de vantagens tem natureza penal e se o seu regime é o subsidiário do confisco alargado, então esta última modalidade tem natureza penal. É este um novo critério de apuramento da natureza jurídico-penal do confisco das vantagens, que deve ser elencado ao lado dos restantes.

O quarto e último critério tem na sua premissa maior a conclusão de que às consequências jurídico-penais se aplica o regime da prova do processo penal. Pela primeira

⁶⁰ JORGE GODINHO, *ob. cit.*, p. 1348.

vez, estamos em face de um critério cuja essência é o processo penal e não o direito penal substantivo.

Uma dúvida que pode nascer da utilização de vários critérios, como sucede neste caso, tem que ver com o seu modo de verificação, mais concretamente, se os quatro critérios têm de se verificar de forma cumulativa ou alternativa. Não há elementos suficientes para formar bases minimamente seguras onde assentaria uma conclusão, que, por esta ordem de ideias, não deixaria de consistir num mero palpite, e que, por isso mesmo e porque desnecessário para estes fins, não recebe aqui lugar.

No final da apreciação destes critérios, o único que coincide com aqueles utilizados pela corrente maioritária relativa ao confisco clássico das vantagens é o critério da finalidade da consequência, pelo que ganha ainda mais força a ideia de que não existe uma prática reiterada no processo de identificação da natureza jurídico-penal do confisco de vantagens, que era precisamente uma das finalidades desta análise da questão da natureza do confisco alargado.

Já sobre outro desígnio, que se atém ao conhecimento da fundamentação da escolha e utilização dos critérios, o desfecho é o do reconhecimento de que esta continua esquecida neste âmbito. Se a este circunstancialismo se acrescentar o aparecimento de novos critérios, estão reunidos suficientes elementos que potenciam a necessidade dessa desejada fundamentação.

No final das contas, conheceu-se uma resposta que segue no sentido de que o confisco alargado tem natureza jurídico-penal, através do recurso a vários critérios, maioritariamente novos, que, depois de elencados ao lado dos anteriores, deixam o seguinte universo de critérios: critério relativo à finalidade da aplicação; critérios relativos aos pressupostos de aplicação (culpa criminal, facto ilícito-típico, condenação penal); critério relativo ao regime jurídico.

§ 23. Para Augusto Silva Dias, o confisco alargado, visto como um efeito não automático da pena, tinha natureza eminentemente penal⁶¹. Aparentemente (e com isto quer-se enfatizar a necessidade de nova dedução, dada a não consagração expressa das premissas maiores do seu raciocínio), chegou até aqui por via da aplicação e consequente preenchimento de três critérios, *sc.* o critério relativo ao facto ilícito-típico como pressuposto

⁶¹ AUGUSTO SILVA DIAS, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Maria Fernanda Palma / Augusto Silva Dias / Paulo Sousa Mendes (coords.), Almedina, Coimbra, 2010, p. 39.

de aplicação da medida, o critério relativo à finalidade e, por fim, o critério relativo à função da consequência.⁶²

Assiste-se, portanto, à aplicação de um conjunto novo de argumentos, dada a convivência, na mesma fundamentação, dos dois critérios que parecem ser os mais utilizados na defesa da maioritária corrente, através dos quais se atribui natureza penal ao confisco clássico de vantagens, com o critério relativo à função da consequência, que até então serviu para afastar a natureza penal daquela modalidade.

A existência de vários critérios possibilita a criação de múltiplos conjuntos de critérios que podem ser utilizados no cumprimento da sua função. Os fundamentos por detrás desse agrupamento continuam desconhecidos, já que nem sequer é fornecida a fundamentação relativa à criação, escolha e aplicação de cada um desses critérios. Este é mais um caso que, transformado num argumento de quantidade, serve de contributo à formação da ideia de que poderá também não ser nas respostas em torno da questão da natureza jurídico-penal do confisco alargado que se encontra aquela fundamentação. Persiste, por isso, o enigma.

§ 24. Em sentido contrário andou Damião da Cunha, para quem a perda alargada, por ter uma dupla finalidade (combater lucros presuntivamente ilícitos e destruir a base económica de actividades ilícitas, que poderiam servir de base à continuação da actividade criminosa), é “*uma sanção de carácter não penal (com sentido de que nada tem que ver com um crime), de carácter análogo a uma medida de segurança (uma sanção de suspeita, condicionada à prova de um crime). No fundo, uma sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal.*”⁶³

Pelo seu conteúdo, afigura-se aqui custosa a dedução das premissas maiores do seu raciocínio tendente à identificação da natureza jurídico-penal desta modalidade. Esta dificuldade faz com que aquela dedução possa estar, mais provavelmente, assente em conclusões não coincidentes com as do Autor. Sente-se, portanto, o problema da, já referida, não concretização expressa dos critérios utilizados.

Este mostra-se como o primeiro caso em que aparentemente o critério da finalidade é utilizado para afastar a natureza penal de uma modalidade de confisco de vantagens. Depreende-se, no seguimento, que as finalidades supramencionadas não são finalidades de

⁶² Neste sentido parece seguir PAULO SILVA MARQUES, “O Confisco Ampliado no Direito Penal Português”, in *Lusitana. Direito*, n.º 10, 2012, pp. 313 e 314.

⁶³ JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *Perda de bens...*, p. 20.

uma consequência jurídica de natureza penal. A própria afirmação de que “nada tem que ver com o crime” parece corroborar aquela premissa.

Contudo, num olhar mais atento, talvez não se esteja a lidar, na verdade, com o conhecido critério da finalidade (preventiva criminal), por uma possível contradição: a afirmação de que esta modalidade tinha finalidades preventivas criminais e, em simultâneo, a conclusão de que é esse um dos motivos que faz com que ela não tenha natureza penal. Mas, de facto, não existe contradição porque o que esteve em causa parece, sim, ter sido a aplicação do critério da função do confisco alargado. Numa interpretação global da sua teoria, parece ficar bem vincada a ideia da prevenção criminal, mas não no sentido de ser essa a finalidade da aplicação, mas sim naquele que se atém à função da consequência. O facto de nada ter que ver com o crime, o facto de ser comparado a um crime de suspeita ou a uma medida de segurança, tudo isto deixa a noção de que aquilo que se queria evidenciar era a circunstância de esta ser uma medida de prevenção de perigos e não repressiva. Ora, esta é precisamente a lógica operante do critério da função, que, quando utilizado, afastou a natureza jurídico-penal do confisco clássico de bens, por em causa estar uma medida restaurativa, em contraposição com as de prevenção de perigos ou repressivas.

Por tudo isto, parece ter sido efectivamente o não preenchimento do critério da função a excluir a natureza penal do confisco alargado de bens, cuja premissa maior deduzida se apresenta assim: “as consequências jurídico-criminais têm uma função repressiva (retrospectiva) e não de prevenção de perigos (prospectiva)”. Assim ficando mais clara toda a ideia do Autor: o confisco alargado não tem natureza penal, porque tem uma função de prevenção de perigos.

É interessante verificar que a aplicação do critério da função ao confisco alargado deu origem a resultados opostos: para Augusto Silva Dias, esta modalidade parecia assumir uma função punitiva, sendo, também por isso, penal, enquanto, para Damião da Cunha, a mesma modalidade pretende prevenir perigos, não sendo, portanto, penal. Não obstante, é de salientar a constância da aplicação do critério da função neste domínio.

No que respeita aos motivos que levaram o Autor a utilizar este critério e não outro, absolutamente nada foi deixado. Mantém-se, por isso, o enigma em torno da resposta à questão da fundamentação da escolha e utilização de critérios de apuramento da natureza jurídico-penal do confisco das vantagens. Ou seja, continua a não se saber responder de modo completo à questão: “O confisco das vantagens e/ou a perda alargada têm natureza jurídico-penal?”

§ 25. Paralelamente, e não de modo coincidente, move-se Pedro Caeiro, que, embora não a veja como uma sanção, também considera que a perda alargada, apesar de a finalidade da sua aplicação ser a da prevenção criminal, é uma “*medida (...) de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal*”⁶⁴. Isto porque, não obstante ser esta uma medida com uma finalidade de prevenção criminal e de assentar no pressuposto condenação penal, é o património incongruente e não o facto punível a causa da medida, sendo esta ausência de um facto ilícito-típico suficiente para afastar do espectro do direito penal.

Retirando-se daqui aquilo que aqui tem vindo a ser essencial, esta posição tem como conclusão final o entendimento que o confisco alargado não tem natureza jurídico-penal, dada a utilização dos critérios relativos à finalidade e ao facto ilícito-típico enquanto pressuposto de aplicação, sendo que apenas o primeiro foi preenchido.

O primeiro aspecto digno de nota é a coerência do Autor na escolha e utilização dos seus critérios, já que, não obstante a alteração da consequência jurídica em análise, aparentemente manteve-se o sentido da fundamentação. Depois, é interessante constatar o reforço da ideia de que estes critérios são de verificação cumulativa, já que o não preenchimento do critério relativo ao facto é suficiente para negar a natureza penal. Por fim, assiste-se a uma concretização da premissa maior do seu raciocínio atinente ao critério do facto, segundo a qual, para o critério se mostrar preenchido, é necessário que o facto não seja mero pressuposto de aplicação, mas a “causa” da aplicação e, no caso, para o Autor, não só não existe facto ilícito-típico como também o requisito “condenação penal” não passa de mero pressuposto.

A edificação deste critério nestes moldes, ou seja, segundo a visão de que o facto ilícito-típico tem de ser a “causa” da consequência, faz com lidemos com uma ideia nova, por não se poder fazer coincidir com aquela que foi atribuída ao critério do facto como pressuposto de aplicação de uma consequência jurídico-penal. Neste sentido, desta nuance brota um critério que deve ter-se por novo, que vem, então, juntar-se àqueles vindos a elencar, assim se vincando a ideia de uma evolução que tende para o permanente aumento do universo de critérios a escolher nesta tarefa de apuramento. Ao mesmo tempo, há-de se reconhecer que este pode até ter sido o critério utilizado pelo Autor no momento em que determinava a natureza do confisco clássico de vantagens e, por isto mesmo, a conclusão feita relativa à sua novidade pode ter assentado em premissas erradas. Evidencia-se aqui um

⁶⁴ PEDRO CAEIRO, “Sentido e Função...”, in *ob. cit.*, p. 311.

dos efeitos prejudiciais das técnicas argumentativas que têm optado por não cristalizar de modo expresso os critérios utilizados, assim se potenciando o erro do intérprete.

§ 26. Para João Conde Correia o confisco alargado não tem natureza jurídico penal, dado que aquilo que aqui está em causa é um instrumento que apenas visa “*impedir a manutenção e a consolidação do património incongruente, suspeito de proveniência ilícita, cuja posse pode seduzir à prática de novos crimes*”. É, no fundo, “*uma medida de correcção e de confirmação da validade e da vigência do ordenamento jurídico, que apenas pode retirar o património incongruente do condenado, devendo deixar o restante incólume. Assim, uma vez que não está em causa a censura ético-jurídica e uma pena ou de um efeito dela, o princípio da culpa não pode ser invocado*”.⁶⁵

Através de uma leitura conjunta desta argumentação, foi um único o critério utilizado no apuramento ou identificação da natureza jurídico-penal desta modalidade, qual seja o critério da função. Em síntese, fica a ideia de que é o facto de este instrumento não ter uma função repressiva, mas sim restaurativa (“medida de correcção”), que fundamenta a sua exclusão do âmbito penal.

No que respeita ao confisco alargado, esta fundamentação completa o conjunto de possíveis implicações do critério da função e cristalizadas nas suas premissas menores. Existem três visões distintas sobre o mesmo objecto jurídico: *i*) função *repressiva* (Augusto Silva Dias); *ii*) função de *prevenção de perigos* (Damião da Cunha); *iii*) função *restaurativa* ou *compensatória* (João Conde Correia e Hélio Rodrigues). Distingue-se a aplicação do critério neste aspecto e identifica-se noutro, na sua premissa maior: as consequências jurídico-penais têm uma função repressiva. Expressa-se assim a noção de que a utilização de um critério não é sinónima de uma única fundamentação. É interessante verificar como a escolha de um critério, mais concretamente a edificação de uma premissa maior, é independente da sua aplicação ou utilização, que vem representada na premissa menor e na conclusão final. Uma coisa é o objecto/critério e outra, distinta e, no caso, independente, é a aplicação do objecto/critério.

A ideia essencial é a de que não só se assiste aqui a uma multiplicidade de critérios (premissas maiores), como também a uma multiplicidade de conclusões relativas à aplicação de um critério (premissas menores e conclusões finais).

Para além disso, parece o critério relativo à função estar a afirmar-se em relação aos restantes, dada a constatada aplicação reiterada neste domínio. Desacompanhada, uma vez

⁶⁵ JOÃO CONDE CORREIA, *Da Proibição...*, p. 116.

mais, de uma argumentação que mostre a razão desta opção, como fica patente também neste caso.

§ 27. Por último, a posição de Francisco Borges que, tal como a maioria, defende que a natureza jurídica do confisco alargado não é criminal, sendo, sim, uma medida materialmente administrativa, porque não se orienta pela culpa do agente, porque não se exige qualquer conexão entre o facto ilícito-típico e os bens a confiscar, e ainda porque não se pretende de forma alguma penalizar o arguido, mas apenas retirar-lhe os benefícios que se considera serem resultado de actividade criminosa.⁶⁶

Recorre a três critérios: um relativo à culpa criminal, outro ao facto ilícito-típico enquanto pressuposto de aplicação e ainda o critério relativo à função da medida. Não se tendo nenhum preenchido, concluiu-se pela natureza não penal da perda alargada. Mas o aspecto mais interessante, porque já praticamente só se filtram aqui as técnicas utilizadas nas diversas e distintas respostas, é a aparente não aplicação do critério relativo à finalidade (preventiva criminal).

Não obstante reconhecer que se pretende, com a perda alargada, prevenir a prática de crimes - o que poderia levar a crer que se operava com aquele critério -, afirma-se: “*Além do mais, as finalidades preventivas não são, certamente, exclusivas do direito penal, atendendo, desde logo, ao princípio da subsidiariedade e da ultima ratio. Não pode, portanto, essa circunstância, sem mais, ser determinante para a caracterização de uma medida como penal.*” Deparamo-nos, então, com uma argumentação que serve para afastar a aplicação do critério relativo à finalidade do universo metodológico de apuramento da natureza jurídico-penal de uma consequência jurídica. É, então, o facto de a finalidade não ser exclusiva do direito penal que dá corpo à crítica por si lançada. Pese embora tudo isto, não se conclui pelo afastamento deste critério, mas sim pelo seu carácter não decisivo ou determinante nessa operação global, o que parece dar a entender que a sua função será a de mero complemento de uma já determinada conclusão (penal ou não penal).

Os raciocínios acabados de elaborar conheceram a luz do dia porque o Autor avançou com uma fundamentação relativa à escolha e utilização de critérios na identificação da natureza jurídico-penal de um instrumento legal. Ao mesmo tempo, ela dá corpo apenas a uma delimitação negativa do universo de critérios e não positiva, i.e., conhecem-se os

⁶⁶ FRANCISCO BORGES, “Perda Alargada de Bens: Alguns Problemas de Constitucionalidade” in José de Faria Costa *et al.* (org.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. I, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018, p. 222.

motivos por detrás de uma não aplicação, mas não os atinentes à aplicação, *in casu*, dos critérios relativos à culpa, ao facto e à função. É possível, contudo, levar a cabo uma dedução: se se afasta o carácter determinante do critério da finalidade por não dizer respeito a uma característica exclusiva do direito penal, então a aplicação dos outros decisivos critérios foi feita porque as características em causa eram exclusivas do direito penal.

Levantado, por breves momentos, o véu que cobria a enigmática resposta atinente à escolha e utilização de critérios, existe pelo menos um entendimento segundo o qual há critérios determinantes e não determinantes, criando-se assim a ideia de que há critérios mais importantes do que outros no apuramento ou identificação da natureza jurídico-penal de uma consequência jurídica. Para além disso, o vector de que depende essa graduação identifica-se com o carácter exclusivo da característica que preside à elaboração de um critério.

Este curto vislumbre deixa a ideia de um tipo de pensamento que pode constituir a fundamentação por detrás da escolha e consequente aplicação de um critério. Neste sentido, reconhece-se que ela já não é totalmente desconhecida, não obstante manter-se bastante enigmática. Todavia, em simultâneo, este breve contacto não foi susceptível de diminuir o grau de interesse na descoberta de uma resposta. Pelo contrário, até foi capaz de o aguçar, aumentando a nossa “potência de agir” e, por conseguinte, a nossa “potência de pensar”⁶⁷, porque faz pensar na validade daquela fundamentação e já não apenas num seu possível modo de ser. Vai-se perdendo de vista o nosso ponto de chegada - que era a concreta conclusão da natureza jurídico-penal do confisco das vantagens e da perda alargada - por causa da atenção à sua fundamentação.

Assim, continue-se em busca de respostas, desta vez e por fim, no seio da jurisprudência do TC.

§ 28. A primeira vez que o Tribunal Constitucional se pronunciou sobre a constitucionalidade do regime da perda alargada foi no Acórdão n.º 101/2015, de 11 de Janeiro⁶⁸. De modo lacónico, concluiu-se aqui que o facto de a presunção implicada pelo

⁶⁷ Sobre a “potência de agir”, *vd.* BENEDICT DE SPINOZA, *Ethics Proved in Geometrical Order* (traduzido por Michael Silverthorne e Matthew Kisner), Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp.93 e ss. (*Third Part of the Ethics – Of the Origin and Nature of the Emotions*). Da Parte III desta obra, salientamos estas belas palavras inscritas na Proposição 9, com as quais procuramos explicar o aumento do nosso grau de interesse por algo que se nos apresenta enigmático, com o seja, *in casu*, a escolha e aplicação de um critério, “*From all this therefore it is clear that we do not endeavor anything, we do not will anything, we do not seek or desire anything, because we judge it to be good; on the contrary, we judge a thing to be good because we endeavor it, will it, seek it and desire it*” (p. 103).

⁶⁸ *Vd.* Acórdão da 1.ª Secção do TC n.º 101/2015 (relatora Cons. Maria Lúcia Amaral), proc. n.º 1090/13, de 11 de Janeiro.

confisco alargado apenas operar após a condenação faz com que não se contrarie o princípio da presunção de inocência. No que tange à natureza jurídico-penal desta medida, nada foi dito. O que justifica a não inconstitucionalidade não é a não aplicação do princípio da presunção de inocência, mas sim a sua não violação. Daqui não pode retirar-se necessariamente que o TC entendeu que a natureza da medida era penal, se se partir da premissa de que a aplicação de princípios penais pode ser feita também sobre medidas sem natureza jurídico-penal.

§ 29. De seguida, foi prolatado o Acórdão do TC n.º 392/2015, de 12 de Agosto⁶⁹, que, sem margem para dúvidas, declarou a natureza não penal da perda alargada. Para o justificar, nos seus exactos termos, disse-se que importa “*realçar que o estabelecimento da presunção legal cuja constitucionalidade é sindicada nos presentes autos não tem em vista a imputação ao arguido da prática de qualquer crime e o conseqüente sancionamento, mas sim privá-lo de um património, por se ter concluído que o mesmo foi adquirido ilicitamente, assim se restaurando a ordem patrimonial segundo o direito*”.

Verifica-se dedutivamente que o critério aplicado pelo Tribunal disse respeito à função da perda alargada: esta medida não tem natureza jurídico-penal porque tem uma função restaurativa e não repressiva. A explicação desta conclusão foi dirigida essencialmente ao carácter não repressivo, já que a condenação penal se apresentava como um mero “*pressuposto desencadeador da averiguação de uma aquisição ilícita de bens*”. Este é o raciocínio implicado na aplicação do critério relativo ao facto ilícito-típico como causa da consequência, no seguimento da ideia retirada da argumentação de Pedro Caeiro. Numa interpretação global, não se deve, contudo, concluir que o Tribunal aplicou este critério, dado ficar a ideia de que esta argumentação teve apenas a função de justificar o preenchimento do critério relativo à função (não repressiva) da perda alargada, não agindo assim enquanto critério autónomo no processo de apuramento da natureza jurídico-penal.

Foi ainda interessante notar o modo como se lidou com a argumentação atinente à finalidade preventiva desta consequência jurídica. Não obstante se reconhecer que a perda alargada assume esta finalidade típica das medidas de natureza penal, tal não se mostrou relevante na sua conclusão final. Uma circunstância que parece ir ao encontro do carácter não decisivo deste critério, na sequência do avançado em relação à posição de Francisco

⁶⁹ *Vd.* Acórdão da 2.ª Secção do TC n.º 101/2015 (relator Cons. João Cunha Mariano), proc. n.º 665/15, de 12 de Agosto.

Borges. Porém, neste caso a sua não aplicação não veio acompanhada de fundamentação que o explicasse. Esta omissão de fundamentação é, portanto, comum às respostas da doutrina e da jurisprudência, como se acaba de constatar através da jurisprudência do TC relativa ao confisco das vantagens.

Este caminho levado a cabo neste Acórdão foi, por transcrição, plasmado no Acórdão do TC n.º 476/2015, de 30 de Setembro^{70 71} e no Acórdão do TC n.º 498/2019, de 26 de Setembro⁷², o que faz crer que existe uma prática reiterada neste concreto domínio. Deste último, fica-se a saber que, para este Tribunal, uma das implicações de uma resposta à questão da natureza jurídica não sancionatória é a não aplicação das garantias constitucionais de estrita incidência em âmbitos normativos sancionatórios, senão veja-se: “*A óbvia e inevitável consequência de o instituto português do confisco alargado não constituir uma reação contra a prática de um crime, nem uma reação sancionatória tout court, é a de não se lhe aplicarem as garantias constitucionais de estrita incidência em âmbitos normativos sancionatórios, como o princípio da presunção de inocência e as suas várias manifestações.*” Um entendimento que, a ser seguido, expressa notoriamente a importância prática de uma conclusão acerca da natureza jurídico-sancionatória de uma consequência jurídica e, por conseguinte, das respostas atinentes ao método da sua identificação, que lhe dão vida.

2. O ponto de chegada: o problema da identificação da natureza penal

§ 30. Inicialmente, este estudo do confisco das vantagens foi configurado em função da finalidade que lhe foi atribuída. O meio escolhido foi uma análise superficial sobre alguns dos seus traços gerais, que constituíram o contexto do percurso delineado. Procurou-se olhar para a sua génese e viu-se a sua evolução em Portugal até aos dias de hoje, predominando assim tarefas de enquadramento cronológico. O que se obteve foi um conjunto de factos, assim se evidenciando o carácter histórico da análise, bem como a justificação do seu carácter predominantemente descritivo.

Em suma, agiu-se como quem observa pela primeira vez um objecto desconhecido e, no final, se limita a narrar aquilo que viu. No caso concreto, muito resumidamente e

⁷⁰ *Vd.* Acórdão da 2.ª Secção do TC n.º 476/2015 (relator Cons. João Cunha Mariano), proc. n.º 1163/14, de 30 de Setembro.

⁷¹ Sobre os Acórdãos do TC n.ºs 101/2015, 392/2015 e 476/2015, *vd.* JOÃO CONDE CORREIA, “Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 145, ano 37, (Janeiro- Março 2016), pp. 207-221.

⁷² *Vd.* Acórdão da 3.ª Secção do TC n.º 498/2019 (relator Cons. Lino Rodrigues Ribeiro), proc. n.º 457/18, de 26 de Setembro.

independentemente das divergências doutrinárias assinaladas, o confisco de vantagens apresentou-se como uma modalidade de confisco cuja função parece ser a de retirar aos cidadãos as vantagens que se consideram provenientes da prática de factos ilícitos-típicos. A finalidade que o legislador atribuiu expressamente à aplicação do confisco das vantagens, clássico e alargado, foi preventivo-criminal, razão pela qual esta temática tem pertencido ao âmbito da política-criminal. Esta descrição poderia consubstanciar uma resumida resposta à pergunta: “Como é, em traços gerais, o confisco das vantagens (clássico e alargado)?”. O mero facto de se ter avançado com uma resposta é já indício de que não existe uma dúvida num grau que obrigue a avançar com um “não se sabe”. O que acabou de se dizer não deve ser entendido como um acto de excessiva confiança, mas apenas como uma acção de quem confia naquilo que viu e não se interroga sobre a veracidade dessa visão. De facto, a vivência empírica mostra que, por regra, quem vê um objecto sabe dizer como é que ele é. A dúvida mais rapidamente estará do lado de quem nunca o contemplou. Ora, se se olhou directamente para o confisco clássico das vantagens, existem condições para se declarar como é que ele é (*rectius*, parece ser), independentemente da validade das conclusões que se possam avançar. Neste âmbito, as dúvidas que poderão surgir parecem estar dependes do grau de detalhe que pode ser exigido. Basta relembrar da divergência havida em relação aos pressupostos de aplicação da perda alargada, mais concretamente, no que tange à (não) autonomia do pressuposto “actividade criminosa”. Este tipo de questões estará associado a uma necessidade de conhecer pormenorizadamente o objecto que é alvo de observação. Todavia, o assinalado objectivo nesta análise não a pretendia ou exigia aprofundada, como a expressão “traços gerais” incluída na pergunta denunciava. Ou seja, baixando-se o grau de detalhe, baixou-se a probabilidade do surgimento de dúvidas substanciais sobre os seus meandros.

Como assinalado, foi precisamente a vontade de ir para lá da mera observação do confisco das vantagens que esteve na base da alteração do objecto deste estudo. O desejo de identificar ou conhecer a sua natureza fez surgir a nova questão que serviu de veículo de conhecimento do confisco das vantagens, que se pode formular assim: “Assim observado, o confisco das vantagens, clássico ou alargado, tem ou não tem natureza jurídico-penal?”

§ 31. Neste momento, por todo o caminho percorrido, existem já condições para sintetizar algumas conclusões sobre as várias respostas relativas ao confisco clássico e alargado das vantagens.

Qualquer pergunta, por mais simples que aparentemente seja, é susceptível de ocupar toda uma vida, tendo em conta, entre outros motivos, a possível ausência de limites relativos à densificação da resposta. Contudo, numa visão aparentemente utilitária, é costume adequar-se uma resposta à finalidade de quem formula a pergunta, apondo-lhe assim limites susceptíveis de quebrar a perpetuidade de uma resposta. As respostas da doutrina e jurisprudência nacionais não fugiram à regra e, e bem - sob pena de se verem incapazes de avançar com uma conclusão final -, conheceram limites. A determinação destes últimos em idênticos termos parece, inclusivamente, ter sido comum a todas as respostas. Foram delimitadas assim: *i) conclusão final; ii) motivos da conclusão final.*

O modo como foi formulada a pergunta (“...tem ou não tem natureza penal?”) faz com que a conclusão final tenha um de dois sentidos contrários entre si. Esta circunstância potencia, por isso, a verificação de várias respostas cuja conclusão final seja idêntica. E assim foi em relação ao objecto de análise, que se dividiu em duas correntes, cada uma delas com conclusões idênticas, em que cada uma pareceu predominar em relação à outra. No que respeita ao confisco clássico de vantagens, predominaram as teses que propugnaram pela natureza penal, passando-se o oposto em relação ao confisco alargado. Independentemente disto, a verdade é que, no seu conjunto, não houve uma conclusão final unânime sobre a natureza penal do confisco de vantagens. Significará isto que quem se quiser posicionar numa dessas correntes terá de olhar para aquilo que as sustenta, dado que a verificada divergência afia ainda mais a curiosidade de conhecer os seus motivos. No final, se alguma das respostas convencer ao ponto de ser preferida em relação às demais, apenas haverá que adoptá-la.

Assim sendo, o centro das atenções não deverá ser a conclusão final, mas os *motivos da conclusão final* ínsitos nas múltiplas respostas, passando assim a sua fundamentação a constituir o objecto desta observação e já não o próprio sentido da conclusão final.

Conviveu-se com uma multiplicidade de motivos, que, por terem a função de levar a cabo uma identificação, foram apelidados de critérios de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica. O mérito da técnica de sistematizar os motivos através da edificação de vários critérios parece coincidir com um dos méritos de uma classificação ou categorização, que é o de simplificar a comunicação, com naturais efeitos na apreciação da validade dessa argumentação. O preço a pagar por esta sistematização representa-se através do risco associado aos necessários raciocínios dedutivos que ela envolve. Ficou vincada a ideia de que a interpretação dos vários argumentos e a posterior classificação sob a forma de critérios, dado o seu carácter subjectivo, revela um grau de complexidade susceptível de afastar a validade dessa própria classificação. Cristalizou-se aqui a ideia de que o palco desta

análise é naturalmente movediço, assim podendo afectar a identificação do objecto entretanto seleccionado, ou seja, a natureza jurídico-penal do confisco das vantagens, mais concretamente os seus motivos (e já não a conclusão final). Esta dificuldade na obtenção da matéria prima manifestou-se precisamente nos momentos em que se pretendia edificar a premissa maior dos critérios utilizados nas respostas perscrutadas.

Ultrapassada essa fase, assistiu-se a uma multiplicidade de métodos constituídos pela aplicação de outra multiplicidade de critérios. Entre outros, apareceram critérios atinentes aos pressupostos de aplicação do confisco das vantagens, à sua função, finalidade e até ao regime jurídico que lhe é aplicável. É interessante notar como todos eles parecem apresentar-se como critérios formais, ao atentarem à forma da consequência jurídica, bem como à forma ou modo da sua aplicação. Reconheceu-se, simultaneamente, que os critérios relativos à função e à finalidade da aplicação deverão ser caracterizados como tendo carácter altamente subjectivo, na medida em que dependem de intenções do legislador. Todavia, as conclusões que brotam da aplicação destes critérios estão assentes em argumentos ligados à forma ou modo como se aplica o confisco das vantagens, motivo suficiente então para serem considerados critérios relativos à forma da (aplicação da) consequência jurídica. Por tudo isto, a doutrina nacional e a jurisprudência do TC relativas ao confisco de vantagens, para identificarem a natureza penal desta consequência jurídica, optam pela escolha e utilização de critérios vincadamente formais.

Ademais de possuírem diferentes critérios, os métodos podem ainda ser distinguidos em função da quantidade de critérios aplicada, já que tanto existem aqueles constituídos por um critério apenas ou, então, por vários. É deste último caso que brota a questão que gira em torno do carácter alternativo ou cumulativo dos critérios e que não foi alvo de tratamento expresso por parte de quem criou e aplicou o método, pelo que uma sua resposta somente é susceptível de ser obtida através de um raciocínio dedutivo, assim se exponenciando os riscos do intérprete que se move, por isso, em terrenos ainda mais movediços.

Um facto que corrobora esta ideia da feição subjectiva deste concreto objecto de análise acha-se nos resultados da aplicação de um critério. Por ex., a aplicação de um critério aparentemente idêntico sobre a mesma consequência jurídica, mas feita por sujeitos distintos, foi susceptível de proporcionar conclusões diametralmente opostas. Veja-se o critério relativo à função que, quando aplicado à perda alargada, ora a deu como repressiva e, por isso, penal, ora a deu como meramente preventiva de perigos ou restaurativa, logo, não penal. Concomitantemente, a aplicação de critérios cujo preenchimento não estava dependente de premissas de cariz altamente subjectivo, de que são exemplo aqueles relativos aos

pressupostos de aplicação, ao contrário da situação anterior, não produziram resultados distintos. Desta análise conjunta, é interessante perceber a influência que a subjectividade intrínseca de um critério tem na conclusão final relativa ao apuramento da natureza jurídico-penal do confisco das vantagens ou, mais genericamente, de uma consequência jurídica.

Não é necessário formular mais conclusões para fazer notar como existe uma substancial divergência relativa ao método das várias respostas. Contudo, não significa isto que exista necessariamente indefinição nesse seio, já que a própria utilização de cada um deles é sinal precisamente de que eles foram definidos e, na sequência, analisados. Sabe-se, sim, que há vários métodos que são utilizados, independentemente da conclusão final que apresentem. Se em relação a esta última há dois sentidos (penal ou não penal), em relação aos métodos há vários. Ora, se as respostas analisadas eram constituídas por uma conclusão e pelos seus motivos, será forçosa a ideia geral de que a pergunta atinente à natureza jurídico-penal do confisco das vantagens conhece muitas, e muito distintas, respostas por parte da doutrina nacional e da jurisprudência do TC. É esta uma conclusão típica de quem leva a cabo um estudo predominantemente analítico.

§ 32. No momento em que se deu a mudança do objecto de estudo, da conclusão final para os *motivos da conclusão final*, passou-se a navegar, então, no método utilizado nas respostas à pergunta atinente à natureza penal do confisco das vantagens. Identifica-se esta fase com uma análise metodológica do apuramento ou identificação daquela natureza (“Quais os *motivos da conclusão final*?”). Os vários resultados que se obtiveram conheceram a luz do dia por uma razão simples e necessária, que é a existência de um objecto, ou seja, o facto de as várias respostas perscrutadas terem sido fundamentadas. Assim, descreveu-se porque se observou, concluiu-se porque se descreveu e conheceu-se mais bem o objecto – que era uma das nossas finalidades - porque se concluiu.

No final das contas, de facto, esta finalidade foi cumprida, na medida em que, se existe uma resposta, a situação é distinta daquela que fez criar a própria pergunta. Todavia, esta sensação de missão cumprida durou tanto como um piscar de olhos. É que a resposta, por descritiva ser, é constituída por vários argumentos de terceiros, que cirandaram num palco movediço, dada a sua necessária subjectividade, e que, sem espanto, portanto, se mostraram não raras vezes divergentes. Este circunstancialismo é naturalmente provocador de inquietude, a partir do momento em que se coloca a possibilidade de sermos nós próprios a identificar a natureza penal do confisco das vantagens.

Ora, esta conjectura é, por isso, um problema, tendo em conta que da análise metodológica resultou um vasto conjunto de critérios. Quer isto significar que não se sabe quais os critérios a aplicar, ou seja, não obstante todos os resultados do estudo analítico, não se sabe como responder à questão se formos o seu destinatário. O que equivale a dizer que se conhece mais sobre a natureza jurídica do confisco das vantagens, mas não ao ponto de haver capacidade de formar uma resposta. Numa analogia, é esta situação semelhante àquela de quem quer abrir um cadeado e tem à sua disposição um molho de muitas chaves sem saber se alguma delas é apta a cumprir esse desígnio. Neste caso é tão natural e imediato o surgimento da pergunta “Qual ou quais a(s) chave(s) que se deve utilizar?” como é, no neste caso concreto, o surgimento da questão “Qual ou quais o(s) critério(s) que se deve utilizar?”.

O que aqui acabou de se demonstrar foi a génese da alteração da finalidade deste estudo. Não a finalidade última ou primordial de conhecer o confisco das vantagens, mas sim uma finalidade instrumental relativa ao modo de levar a cabo essa descoberta. De uma pergunta centrada nos critérios *utilizados*, mudou-se o foco para os critérios *a utilizar*. Foi este, então, um novo desvio no percurso para conhecer a natureza jurídica do confisco das vantagens, assim sobressaindo a ideia de que era cada vez mais complexa a tarefa de atingir a sua cada vez mais longínqua meta.

§ 33. A alteração da finalidade e, por consequência, a alteração do objecto da pergunta tem necessárias implicações no método deste estudo. Perante uma questão de natureza normativa (“Qual ou quais os *critérios* que se *deve* utilizar?”), passa-se a trabalhar com dois termos e não apenas um, como aconteceu anteriormente. Esta circunstância nasce do necessário exercício comparativo a fazer. Até então, eram os critérios utilizados o único foco. Agora, para saber quais se devem utilizar na resposta, é necessário avançar com um termo comparativo, que mais não é do que o critério que deve ser utilizado, ou, de outro modo, que mais não é do que um critério *válido*. No seguimento, desenrola-se a comparação entre os critérios utilizados e o critério válido, de forma a compreender se algum daqueles primeiros se identifica com este último, ou seja, de modo a apurar a sua validade e a sua consequente utilização. Com a facilidade com que constata que há critérios utilizados, reconhece-se que não existe ainda um necessário termo comparativo. Neste sentido, fica circunscrito o objecto do estudo seguinte, numa primeira fase, ao *critério válido*, já que aquilo que se pretende é precisamente saber o que é que faz com que um critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica seja válido, para, num momento posterior, se realizar a comparação entre os termos, assim apreciando a validade dos critérios utilizados

no conjunto das respostas nacionais. No final, se cumpridas essas fases, a conclusão será necessariamente uma de quatro, *sc.* nenhum critério utilizado é válido, todos são, apenas alguns ou então somente um.

Um dos modos de se passar a dispor daquele termo comparativo ao lado dos critérios utilizados consiste na auscultação das respostas nacionais e delas importar os resultados descritivos para este âmbito. Outra possibilidade é a de se criar de raiz um critério. Esta última opção enriquece-se se se beber informação naquelas respostas, motivo suficiente para fazerem parte dessa criação. Assim sendo, independente da finalidade que preside em cada uma das opções, deve dar-se espaço às respostas da doutrina e jurisprudência portuguesas.

Relembrando da desenhada estrutura das respostas: *i) conclusão final*; e, *ii) motivos da conclusão*. Com o foco inicial meramente no sentido daquela conclusão, aprofundou-se o seu conhecimento e, para tal, desceu-se para a segunda camada das respostas, constituída pelos seus motivos, que foram denominados por critérios e que fazem parte do método de obtenção da conclusão final. Esta evolução mostra que, para se conhecer o valor dos componentes de cada um desses estratos, se deve deslocar para aquele que se lhe segue, que o suporta ou sustenta. Nestes termos, se agora a finalidade do estudo diz respeito ao valor dos motivos da decisão final, então deve-se descer para a terceira camada da estrutura das respostas que é composta pelos *motivos dos motivos* (da decisão final), ou, de outra perspectiva, pelos *critérios dos critérios* ou pelo *método do método*. Serão eles, por consequência, o objecto da análise no seio daquelas respostas. Veja-se como esta evolução faz perder completamente de vista aquela primeira camada relativa à conclusão final. A natureza penal do confisco de vantagens deixa, assim, de fazer parte do ambiente deste trajecto. Em simultâneo, tendo em conta que a específica finalidade agora se refere à apreensão do termo comparativo que é um critério válido, deixa de se lidar com os aspectos relativos à segunda camada, preenchida pelos critérios ínsitos naquelas respostas. Sendo eles o último elo de ligação estabelecido entre este estudo e o confisco de vantagens, chega-se à conclusão de que a tarefa de edificação do termo comparativo estará desligada daquele instituto e até de qualquer outra consequência jurídica. Este fenómeno expressa bem o carácter abstracto desta terceira camada, ou, de outro modo, da criação daquele termo. Passa-se a laborar apenas com motivos, critérios ou métodos, cuja função é, pura e simplesmente, a de identificar a natureza de um qualquer objecto, jurídico ou não, na medida em que se esqueceu o conteúdo das respostas atinente à sua conclusão final e também aos critérios jurídicos aplicados. Neste sentido, os resultados obtidos nesta terceira camada não serão sustentados por argumentos de natureza jurídica.

Assim, uma primeira conclusão relativa ao método de edificar a ideia respeitante à validade de um critério de identificação da natureza é a de que é o palco dessas operações não é jurídico. Ora, se assim é, e se o conhecimento até então obtido do estudo analítico se mostra incompleto e insuficiente para se avançar com uma resposta acerca da natureza jurídico-penal do confisco das vantagens, então esta resposta, para além de assumir uma natureza jurídica (segunda camada), deverá ser também não jurídica, ou seja, deverá ser metajurídica (terceira camada).

Por tudo isto, sob pena de se mostrar periclitante, a resposta deve ser circunscrita de um modo distinto, mais amplo, de forma a englobar não só a *conclusão final* (primeira camada) e os *motivos da conclusão* (segunda camada), mas também os *motivos dos motivos* (terceira camada). Ou, de outro modo e mais concretamente, de forma a que dela constem a conclusão da natureza jurídico-penal do confisco das vantagens, os critérios de identificação dessa natureza e, por fim, os motivos que justificam essa escolha, ou seja, os critérios dos próprios critérios de identificação dessa natureza.

Para além de se definir assim a estrutura da resposta, foi ainda possível caracterizar cada uma das suas fases por camadas ou estratos. Na última delas, a resposta ganha argumentos de cariz não jurídico e nas duas primeiras transforma-se em resposta jurídica, como obriga a própria pergunta à qual está associada (“O confisco das vantagens tem natureza penal?”).

§ 34. Continuando a construção do método da resposta, existem elementos suficientes para perceber o modo como se deve movimentar na sua estrutura. Por força da sentida incompletude de uma resposta meramente circunscrita a uma conclusão final, deve-se aprofundá-la até aos seus motivos. Mesmo assim, por se mostrar incompleta, deve-se seguir até às suas profundezas, que tem vindo a ser representada como a tal terceira camada ou plano da resposta, constituída pelos motivos que justificam a escolha e conseqüente aplicação de um critério. Pelo modo figurativo utilizado, dir-se-á que este método de resposta foi construído de modo sequencial e descendente, como procurou ser denunciado pelas expressões repetidamente utilizadas.

Ora, se foi o problema da incompletude da questão definida como alvo que fez tomar aquele sentido descendente, então, precisamente porque aqui a finalidade nessa incursão é a resolução desse problema, toma-se a consciência de que uma resposta vai seguir o sentido contrário ao da construção do seu problema, ou seja, será ela ascendente.

Este fenómeno expressa a dependência de cada uma das camadas em relação à seguinte, na medida em que são o seu suporte. Se assim é, pelo modo como foi delimitada e estruturada, o ponto de partida da elaboração da resposta deverá ser a terceira camada. Neste palco, o objectivo consiste em determinar as características que fazem com que um critério de identidade seja válido. Ultrapassada esta fase de natureza abstracta, sobe-se até à segunda camada, de cariz jurídico, cuja preocupação reside em escolher um ou mais critérios de identificação da natureza penal de consequências jurídicas que cumpram com as conclusões trazidas da fase anterior. Em caso de superação destas etapas, regressa-se ao piso térreo com os fundamentos tidos por suficientes para avançar com uma conclusão final acerca da natureza penal do confisco de vantagens.

Há um aspecto de particular importância a salientar em relação aos objectivos traçados para cada uma das suas fases. Todas elas implicam uma criação: na terceira camada, pretende-se criar a ideia sobre o que é um critério válido de identificação da natureza de um objecto, em termos abstractos; na segunda, procura-se edificar um critério válido de identificação ou apuramento da natureza penal de uma consequência jurídica em Portugal; e, por fim, avança-se com uma conclusão final em relação à natureza penal do confisco das vantagens. Note-se como a referência a este concreto instituto apenas aparece neste momento final. E não é de estranhar que assim seja, senão veja-se.

Em primeiro lugar, na terceira camada não se lida com argumentação de natureza jurídica, o que, por si só, explica a desconsideração do confisco de vantagens.

Em segundo lugar, porque, na segunda camada, a criação do critério aí implicada é feita em função do termo comparativo trazido da fase anterior, *sc.* critério abstractamente válido, e em função das características das consequências jurídico-penais nacionais e não especificamente do confisco. Dos critérios utilizados nas várias respostas não ficaram margens para dúvidas que a essência de cada um deles era constituída por características que se entendiam pertencer ao direito penal. Para tal, basta lembrar das premissas maiores dos critérios de cada uma das respostas que, de modo predominantemente dedutivo, foram sendo avançadas. A referência ao confisco das vantagens deu-se apenas no que tange à premissa menor daqueles raciocínios silogísticos. Ora, a premissa maior mais não é do que a cristalização do resultado da criação do critério a aplicar, enquanto a premissa menor expõe o caso concreto da aplicação do critério já criado e escolhido. Ou seja, esta última premissa representa a fase da aplicação do critério. Veja-se, por ex., o critério da finalidade: (no ordenamento jurídico português) as consequências jurídicas que têm uma finalidade preventivo-criminal têm natureza criminal (premissa maior); o confisco das vantagens

tem/não tem uma finalidade preventivo-criminal (premissa menor); logo, o confisco das vantagens tem/não tem natureza criminal (conclusão final). Como se constata, naquela primeira premissa o seu objecto é as consequências jurídico-criminais e não uma em particular. Esta só surge na segunda premissa, porque é nela que se espelha a pergunta que deu origem a todo o raciocínio silogístico.

Há, assim, uma conclusão fundamental a retirar, qual seja a de que o confisco das vantagens não é factor de criação da noção de critério válido, em termos abstractos, naquela terceira camada, nem participa na criação de um critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica. Ele é, sim, o objecto da aplicação deste último critério, pelo que, por motivos lógicos, só aparecerá numa fase a jusante, como se vê pelo lugar e função que ocupa no silogismo. Deste modo, os objectivos associados ao estudo operado na segunda e terceira camada dizem somente respeito à edificação da premissa maior que conhece a luz do dia em função dos resultados dessas fases, mais concretamente, em função da noção de critério abstractamente válido e em função das características das consequências criminais, que são os dois únicos vectores da criação da premissa maior.

A primeira camada relativa à conclusão final da resposta coincidirá, logicamente, com a conclusão final do silogismo operado, já que nela se expõe o resultado da criação (segunda e terceira camadas) e o resultado da aplicação do critério utilizado (primeira camada), sendo, então, apenas por causa desta última que se volta a contactar com o confisco das vantagens.

Há condições para sintetizar as conclusões relativas à construção do método da resposta da seguinte forma: *i)* primeiramente, na terceira camada, determinam-se as características que fazem com que um critério se possa considerar válido para identificar a natureza de um qualquer objecto. Desta operação resultará o primeiro vector ou factor de edificação da premissa maior da resposta; *ii)* de seguida, sobe-se até à segunda camada para criar um critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica em Portugal, através da selecção das características das consequências criminais do ordenamento jurídico português, com a finalidade de obter o segundo e último vector de que se necessita para construir a premissa maior; *iii)* de seguida, deve criar-se um método de aplicação do critério, já que de nada serve um critério se não se souber como o utilizar; *iv)* na sequência, ascende-se até à primeira camada, com o intuito de se apurar a natureza penal do confisco de vantagens, através da aplicação do critério criado nas fases anteriores sobre aquele instituto, que consiste numa comparação das características desta consequência com a exigidas pela premissa maior; *v)* por fim, avança-se com a conclusão da resposta, que só poderá tomar um de dois sentidos: o confisco das vantagens tem ou não tem natureza penal.

Bem vistas as coisas, o método tem por finalidade a criação de um raciocínio silogístico que poderá servir de fundamentação de uma resposta à pergunta relativa à natureza penal do confisco de vantagens ou de qualquer outra consequência jurídica.

§ 35. Criada esta ordem programática, parte-se para a sua execução. No seguimento, volta-se de novo à fundamentação relativa aos *motivos dos motivos*, i.e., para a terceira camada, que não só é o sítio onde se estava antes de se pensar no método da resposta, como é, então, o ponto de partida do método (e não da investigação, que, como se viu, é o confisco das vantagens).

Ora, se desde o início foram definidas algumas respostas da doutrina nacional e da jurisprudência do TC como o objecto do estudo analítico, não há motivo razoável para que elas não sejam tomadas como referente na obtenção de elementos susceptíveis de comporem a resposta. Ademais, há uma razão simples e essencial para tal, qual seja a de que já existem resultados da específica observação dessas respostas relativa à fundamentação pertencente à terceira camada.

No momento em que se formaram algumas conclusões finais atinentes às respostas nacionais, avançou-se com uma ideia que dizia directamente respeito ao objectivo agora delineado, segundo a qual naquelas respostas não se incluiu uma fundamentação atinente à escolha do(s) critério(s) utilizado(s). Por outras palavras, delas não fazia parte a terceira camada, já que foram apenas circunscritas à conclusão final e aos motivos da conclusão final. Portanto, sendo totalmente omissas em relação à justificação que esteve por detrás da escolha e aplicação dos critérios, não poderão servir elas de base para se atingirem estes concretos objectivos propostos. Contudo, o mero facto de não serem úteis é só por si suficiente para que surja a noção de que se está perante questões que, dado aquele silêncio, permanecem sem uma resposta.

Nasceu, assim, subitamente a convicção de que, se se pretende prosseguir com uma análise como aquela que vinha sendo feita, é necessário alterar o nosso objecto. Esta circunstância consubstancia então uma implicação prática das conclusões formadas em relação ao necessário desligamento do confisco das vantagens deste âmbito de estudo. Se antes se compreendeu como a resposta deveria começar afastada desse instituto, agora assiste-se a uma consequência prática dessas decisões através da necessária alteração do objecto de análise, já que aquelas respostas nacionais não servem para estes fins.

Todo este circunstancialismo fez com que se tomasse a consciência de que a prossecução desta investigação já não se coadunava com a finalidade com que se partiu para

o estudo do confisco de vantagens. Recorde-se de que a intenção primordial quando se iniciou este caminho era somente a de conhecer o confisco das vantagens. Ora, dada a insustentável situação espelhada na circunstância de se continuar a conhecer um instituto sem sequer se olhar para ele e para os escritos de que foi alvo, restava uma de duas opções, *sc.* manter a finalidade original e continuar o estudo do confisco das vantagens sem possuir uma resposta nossa e relativa à sua natureza penal ou alterar a finalidade desta investigação em função precisamente da falta dessa resposta.

A decisão recaiu sobre a segunda opção por vários motivos.

Em primeiro lugar, sentíamos desconforto pelo facto de prosseguir o estudo de um instituto sem sequer lhe conhecermos a natureza jurídica. Pairava a ideia de que, se optássemos por esta via, estaríamos a adiar o inevitável, dado que a resolução de questões atinentes ao confisco das vantagens poderia estar dependente do conhecimento da sua natureza jurídica. No fundo, esta opção seria uma espécie de procrastinação, na medida em que, mais cedo ou mais tarde, chocaríamos de novo com a questão relacionada com a sua natureza.

Em segundo lugar, pela fulcral razão de que esta breve investigação levantou uma questão para a qual não encontrámos resposta. Se a essência de uma investigação é buscar algo que não se conhece, então, neste sentido, esta pergunta de estudo preenche este requisito.

Em terceiro lugar, a esta saudável ignorância que aguça a vontade de saber mais, juntamos-lhe o motivo relativo ao interesse que ela nos despertou. A partir do momento em que pretendemos conhecer a natureza penal do confisco das vantagens vimo-nos imersos num âmbito com um alto grau de subjectividade, que fomos evidenciando à medida que sentíamos dificuldades em compreender as respostas que tínhamos à nossa frente. Começou aqui a nascer a ideia de que identificar a natureza penal deste instituto revelava complexidade. Esta noção exponenciou-se quando nos apercebemos da incompletude daquelas respostas nacionais e da conseqüente necessidade de descer até ao estrato relativo à fundamentação da escolha dos critérios, que dissemos ser a terceira camada da resposta. A constatação de que era preciso navegar em argumentos de cariz não jurídico, para além da já esperada fundamentação jurídica, reforçava, por isso, a ideia de que os terrenos a pisar para atingirmos essa meta eram tremendamente movediços. Como se não bastasse, quando olhámos para o conteúdo da segunda camada da resposta vimos que ela era palco de uma determinação de características atinentes às conseqüências jurídico-penais e não apenas a um concreto instituto. Neste sentido, utiliza-se este argumento de quantidade para expressar a noção de

complexidade que queremos aqui concretizar. Deste modo, para além de não possuímos uma resposta, sabemos que a sua obtenção revela complexidade, que, por estranho que para alguns possa parecer, é um motivo que, ingenuamente ou não, serve para aumentar e justificar o nosso interesse por esta pergunta.

Em quarto lugar, tomou-se esta opção por causa da transversalidade da questão. Estamos perante um questionamento que tem por objecto as consequências jurídico-criminais do ordenamento português e não uma em concreto. Esta abrangência, para além de contribuir para reforçar a ideia relativa à complexidade da temática, repercute-se na pluralidade de efeitos que a uma resposta deste cariz pode surgir sobre a dogmática das consequências jurídico-criminais. O que esta questão implica é a criação de um método de identificação da natureza jurídico-penal susceptível de ser aplicado sobre uma qualquer consequência jurídica do ordenamento jurídico português. Esta sua transversalidade manifesta-se, então, nas consequências práticas de um método com estas finalidades e funções dentro desse ordenamento, que pode ser chamado a intervir sobre qualquer consequência jurídica, quer no domínio judicial, quer fora dele.

Esta ideia serve também para justificar a opção por esta questão de estudo em vez de uma outra que tivesse por finalidade identificar a natureza penal do confisco das vantagens. Se para descobrir esta sua característica há que responder primeiramente à pergunta do estudo, de facto não havia uma necessidade de uma alteração desta no sentido de a desligar do confisco. Todavia, é notório como a grande barreira a ultrapassar para a edificação da sua resposta é o modo de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica. Neste sentido, a definição da pergunta nos termos finais em que foi deixada pretende evidenciar precisamente que esse é o problema e não outro. Se a amarrássemos àquele instituto, estaríamos a reduzi-la a um papel secundário, instrumentalizando-a, quando, na verdade, passar aquele cabo das tormentas passou a ser a nossa finalidade. Para além disso, aquelas amarras ainda teriam o condão de tornar a questão menos genérica, menos transversal, que foi precisamente uma característica que foi utilizada como um dos símbolos dos motivos justificativos da cristalização da pergunta.

§ 36. A alteração desencadeada identificou a finalidade primária desta investigação com a pergunta de estudo, mas não fez pura e simplesmente desaparecer a questão relativa à natureza penal do confisco de vantagens. O resultado daquela operação consistiu, sim, numa inversão de prioridades, na medida em que esta última questão passou a assumir, ela sim, um

papel secundário. O interesse em encontrar-lhe uma resposta nasce por uma essencial razão: ela torna completo o método.

A pergunta relativa à natureza do confisco das vantagens espelha-se na premissa menor do raciocínio silogístico, quando se define o objecto sobre o qual incidirá o critério ínsito na premissa maior. Esta pergunta foca-se no modo de aplicação do critério criado sobre um concreto instituto. Nela representa-se uma vertente teórico-prática da investigação. Ora, se o objectivo aqui é o de criar um critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica no direito português e determinar o seu modo de aplicação, a sua compreensão é susceptível de ser mais bem feita se não nos bastarmos com a explicação do modo de aplicação em termos abstractos. Assim, para além de se tentar explicar como se aplica o critério, pretende-se mostrar efectivamente como é que isso se faz, aplicando-o sobre o confisco. Assim sendo, esta questão do confisco terá uma função explicativa da resposta à pergunta de estudo. Neste sentido, é uma questão instrumental em relação a esta última, apresentando-se a sua resposta como mais um argumento que vai sustentar o critério e o seu modo de aplicação.

De tudo isto, cria-se a percepção de que a própria sistematização desta investigação parece dever seguir a estrutura de um raciocínio silogístico: começa-se por criar um critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica e por criar o seu método de aplicação, que é a resposta à pergunta de estudo e que se identifica assim com a premissa maior do silogismo; de seguida, aplica-se esse critério sobre consequências jurídicas, cuja resposta consubstancia a premissa menor; e, por fim, de toda a investigação assim estruturada retira-se a *conclusão final* do silogismo.

§ 37. Por fim, dir-se-á que o confisco das vantagens foi o ponto de partida no caminho aqui percorrido com vista à descoberta de uma pergunta de estudo para esta investigação, mas não parece ter sido o ponto de chegada, já que, após sofrer vários desvios, foi desembocar numa questão relativa ao método de apuramento da natureza penal de uma consequência jurídica. Apesar disto, existem condições para afirmar que o confisco das vantagens, como a estrutura deste método faz denotar, é efectivamente o ponto de chegada não do trajecto que buscava pela pergunta da investigação, mas sim do trajecto da própria investigação. Assim, na medida em que o caminho para a obtenção daquela questão faz já parte deste estudo, então o confisco das vantagens foi o ponto de partida desta investigação e o será o seu ponto de chegada, não obstante a nossa principal finalidade não o ter como objecto, como a própria pergunta evidencia.

página intencionalmente deixada em branco

Capítulo II

O Método da Investigação

§ 38. Até ao momento identificou-se a génese da questão e esboçou-se a estrutura desta investigação. Agora importa o trajecto a percorrer para ela se ver respondida. Por outras palavras, o objectivo passa por explicar não a sua origem, mas sim o seu conteúdo. Conhecer mais bem uma pergunta é susceptível de criar melhores bases de uma resposta, na medida em que, se esta última é desenhada em função da pergunta, então, quanto mais bem for esta entendida, em princípio, mais adequada será a resposta. Em suma, pretende-se conhecer a pergunta para ser delineado o método da resposta, não obstante já se conhecer um pouco da sua estrutura. Quer isto significar que, na verdade, agora a pretensão final é deixar vertido o método desta investigação, apresentando-se a aprendizagem dos contornos da pergunta como um objectivo instrumental em relação àquelo outro, o final. Assim sendo, agora o caminho terá o seu início na pergunta de estudo e a sua meta será a explanação do método desta investigação.

§ 39. A forma da pergunta deixa a entender que ela é uma questão metodológica e, por consequência, a resposta deverá ser de natureza idêntica.

Sem embargo, ela só pode ser respondida se se souber de antemão o que é uma consequência jurídica de natureza penal. Por conseguinte, a pergunta deverá necessariamente desdobrar-se em duas: *i)* “O que é uma consequência jurídico-penal?”; *ii)* “Como identificar a natureza penal de uma consequência jurídica?”. Assim sendo, em primeiro lugar, há que compreender o método para se responder à primeira questão e, de seguida, em segundo lugar, conhecer o método de criação do método de identificação, ou, por outras palavras, o método de criação de um critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica. Mas não só. Para além de a questão chamar pela criação de um critério, exige ainda que seja explicado o seu modo de aplicação. Assim, em síntese, desdobrar-se-á ela, na verdade, em três perguntas: *i)* “O que é uma consequência penal no ordenamento jurídico português?”; *ii)* “Qual o critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica no ordenamento português?”; e *iii)* “Como se aplica o critério?”. Ora, tendo em conta

que estas duas últimas dependem da resposta que se dê à primeira, é inevitável iniciar por aqui.

Porém, é possível delimitar ainda mais este âmbito de actuação. Para descobrir o que é uma consequência jurídico-criminal, é necessário, numa fase prévia e abstracta, saber como se responde à questão “O que é x ?”, que vive desligada de um concreto referente. Assim sendo, o método que se elege para responder a esta questão deverá, no seguimento, ser aplicado a este caso concreto, cujo referente é “consequência jurídico-criminal”. Será, então, este o caderno de encargos dos próximos momentos.

Definidos estes objectivos, e antes de se partir nessa tentativa de descoberta, resta fixar o objecto de análise. Tendo a consciência de que se enfrentará um elevado nível de abstracção, é sensato iniciar este trajecto através do estudo de pensamentos já havidos em torno da questão “O que é x ?”, se bem que com um concreto referente, por assim se potenciar uma melhor compreensão desta temática. Ora, tendo em conta que se está perante uma escolha no seio do infinito universo dos conceitos, que a finalidade diz respeito ao âmbito jurídico e ainda que interessa que o nosso objecto seja vasto, é natural, ou até inevitável, a escolha do referente “direito”. Será, por isso, através da famosa e perpetuamente enigmática questão “O que é o direito?”⁷³ e das suas tentativas de resposta que se procurará descobrir o método a aplicar nesta investigação atinente à questão “O que é uma consequência jurídico-penal?”.

§ 40. Antes de se iniciar esta incursão, é de alertar que a finalidade atribuída a este próximo e concreto estudo, *sc.* descortinar um método para responder à pergunta de estudo, faz com que o grau do seu aprofundamento não seja elevado. O seu sentido e alcance estará limitado às necessidades aqui em causa, pelo que não deve ser esperado que nas próximas páginas se tente compreender a validade dos pensamentos para aqui trazidos ou, mais concretamente, a escolha do método mais válido. O espaço e o âmbito deste estudo obrigam a que, acima de tudo, o foco esteja na descoberta de alguns métodos e que se escolha um que seja susceptível de ser aplicado, cujo critério da escolha não será a sua maior validade em relação aos demais, mas sim a sua aptidão para proporcionar um critério que se pretende infalível. Para além disso, como é da natureza deste âmbito, cada resposta será sempre a *nostra*

⁷³ Sobre a diferença entre as perguntas “O que é direito?”, “O que é o direito?” e “O que é “direito?””, *vd.* SCOTT J. SHAPIRO, *Legality*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, p. 7. Para uma das questões mais fascinantes do direito, “Por-qué o direito?”, *vd.* CASTANHEIRA NEVES, *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. III (Reimpressão), 2010, pp. 9 e ss.

resposta, e não mais do que isso, pelo que uma ideia aqui transversal será a de que todos os pensamentos são igualmente válidos, como que fazendo nós aqui uma espécie de *epoché* do que há de particular ou problemático nesses métodos. Feita a ressalva, parta-se então para o contacto com o enigma.

§ 41. Perguntar sobre aquilo que é o direito leva a questionar sobre a sua natureza. Fica-se na mesma, contudo, se não se souber então o que é que significa esta última questão. Uma resposta possível, e que é aqui acompanhada, associa esta tarefa com aquela que consiste em *identificar* o que quer que seja, ou seja, em saber o que é que é ser essa coisa e não qualquer outra. É aquilo que Scott Shapiro denomina por “*identity question*”, cuja finalidade é taxonómica⁷⁴⁻⁷⁵. Esta correspondência entre a identificação do direito e a sua natureza é feita também por Joseph Raz que defende, por conveniência terminológica, a ideia segundo a qual uma teoria do direito, no seu sentido estrito, consiste numa explicação acerca da natureza do direito⁷⁶. Pode-se, desde já, importar esta ideia e estabelecer que a tarefa aqui em causa consistirá em identificar aquilo que é uma consequência jurídico-criminal ou, de outro modo, aquilo que faz com que ela seja aquilo que é e não qualquer outra consequência jurídica.

§ 42. Enquanto a pergunta “O que é o direito?” (ou o seu conceito) pertence à filosofia do direito, por sua vez o problema relativo ao modo como se deve elaborar a resposta faz já parte da filosofia da filosofia do direito, comumente denominada por metafísica jurídica ou metafísica do direito⁷⁷. Ora, a pergunta que temos pela frente é de cariz filosófico. Em simultâneo, se agora o objectivo concretamente definido diz respeito ao método a adoptar na resposta, pelo que se acaba de constatar então o âmbito dentro do qual nos moveremos será o da metafísica jurídica. Está, por isso, bem definida não só a pergunta, como também os objectivos e o âmbito dentro do qual se navegará.

É importante lembrar do momento em que se descreveram os passos dados até se chegar à pergunta de estudo, dele salientando a sistematização que se atribuiu à resposta

⁷⁴ *Ibidem*, p. 12, “Thus, we might say that one of the prime philosophical motivations for asking the question “What is law?” is to try to make sense of one important part of our elaborate scheme of social classification. When we understand this as a search for the identity of law, the task is a taxonomical one. When we say that a given rule is a legal rule, what makes it a legal rule and not a rule of etiquette, chess, Catholicism, Microsoft, morality, or my friend’s conception of morality?”

⁷⁵ Sobre as finalidades jurídico-taxonómicas, *vd.* EMILY SHERWIN, “Legal Taxonomy”, in *Legal Theory*, n.º 15, 2009, pp. 25 a 54.

⁷⁶ JOSEPH RAZ, “Can There Be a Theory of Law?”, in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, editado por Martin Golding e William Edmundson, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, p. 324.

⁷⁷ PAWEŁ BANAS, “The Philosophy of Legal Philosophy – An Introduction”, in *Metaphilosophy of Law*, editado por Pawel Banaś, Adam Dyrda e Tomasz Gizbert-Studnicki, Hart Publishing, Portland, 2016, p. 1.

relativa apenas à criação do critério (e já não à sua concreta aplicação), dividindo-a em três estratos ou camadas: *i) conclusão final* (primeira camada); *ii) os motivos da conclusão* (segunda camada); e *iii) os motivos dos motivos* (terceira camada). Se se colocar de lado a primeira camada, de cariz automático, lógico-dedutivo, na medida em que nela apenas se concretizam ideias obtidas dos restantes estratos, e importando as últimas conclusões relativas ao âmbito desta investigação, pode-se associar a filosofia do direito à segunda camada e o da metafilosofia jurídica à terceira camada. Por conseguinte, a teoria da consequência jurídico-criminal que aqui se persegue surgirá nessa segunda camada, ou seja, a criação do critério só aparecerá naquela segunda camada, cuja conclusão virá plasmada então na primeira camada.

Assim sendo, apresenta-se aquela que será a estrutura desta investigação: na Parte I edificar-se-á o método da investigação; na Parte II, avançar-se-á com a resposta ou tese, que consistirá na criação de um método de identificação e na exposição do seu modo de aplicação; e, por fim, na Parte III, enunciar-se-ão as conclusões respeitantes à aplicação dessa teoria a casos concretos. Assim, a sistematização desta monografia identifica-se com a própria estruturação da resposta à pergunta de estudo.

Esta estratificação destes âmbitos é bem representada por Paweł Banaś, segundo o qual as teorias da filosofia do direito são teorias de “primeiro nível”, enquanto as teorias metafilosóficas, mais profundas, são já de “segundo nível”: *“they [teorias metafilosóficas] may prove interesting to those who would like to go ‘deeper’ into the classical, ‘first-level’ theories of law of Hans Kelsen, Herbert L.A. Hart or Ronald Dworkin, as well as those inspired by them. (...) What are the ‘second-level’ questions legal metaphilosophy asks? What should one be dealing with if one is to probe the philosophy of law ‘from above’? The most striking metaphilosophical question is undoubtedly ‘What is legal philosophy?’, that is, ‘What is its status?’ or ‘Is legal philosophy a science?’ (and if so, what kind of science?). A similar level of generality is represented by the following queries: ‘What is (or should be? — in the end, metaphilosophers are not completely free from normative claims) its methodology?’ (...) Another question, still general but usually concerning ‘first-level’ theories, pertains to metaphysical presuppositions present in those theories and the particular methods they employ.”*⁷⁸

Delimitado o âmbito do descobrimento do método que se pretende aplicar na teoria relativa às consequências jurídico-criminais, mais concretamente na criação de um critério de apuramento ou identificação da natureza penal de consequências jurídicas, importa, de seguida, conhecer, se bem que de modo superficial, algumas teorias metafilosóficas, de forma

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 2 e 3.

a, por fim, seleccionar um método que governará a elaboração da resposta vertida na Parte II.

§ 43. Quando se teoriza sobre o direito pode utilizar-se, em termos simplificados, um de três vinculados métodos que predicam a própria teoria que no final se constrói: *i)* teoria jurídico-conceptual, através da qual se explicam conceitos jurídicos e a relação existente entre eles; *ii)* teoria jurídico-empírica, nos termos da qual se identificam e expõem certas características ou propriedades dos sistemas legais, apresentando-se, por consequência, como teorias de natureza essencialmente descritiva; *iii)* teoria jurídico-normativa, preocupada em determinar as características que as normas legais ou as próprias instituições devem ter para se assumirem como moralmente legítimas.⁷⁹

Apresentando-se deste modo, de facto, não demora a surgir uma pertinente questão relativa a estes métodos. Como alerta Brian Bix, por que razão se estudam os conceitos se se pode estudar o próprio referente do conceito? Parece ser esta uma crítica dos defensores do método empírico dirigida contra a análise conceptual. Contudo, como responde o Autor, não se pode estudar direito se não se perceber o significado do conceito “direito”. Neste sentido anda também Andrei Marmor, *“They [críticos da análise conceptual] must start somewhere, and not just anywhere; they must start with some understanding about what law is and which aspects of it are more central to it than others”*⁸⁰. A ideia aqui subjacente é a de que a análise conceptual necessariamente precede o método empírico⁸¹. Por esta ordem de ideias, pode estender-se este raciocínio para o método jurídico-normativo e afirmar que também aqui a análise conceptual terá de o preceder, no seguimento da perspectiva estritamente linguística

⁷⁹ Assim também, KENNETH EINAR HIMMA, “Conceptual Jurisprudence - An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory”, in *Revs*, n.º 26, 2015, p. 66.

⁸⁰ ANDREI MARMOR, “Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)”, in *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, editado por Wil Waluchow e Stefan Sciaraffa, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 220

⁸¹ *Vd.* BRIAN BIX, “Raz on Necessity”, in *Law and Philosophy*, vol. 22, 2003, p. 542, “However, one might ask, why should we study the concept if we can study the thing itself (the practice, the type of institution) instead? This may seem like an empiricist’s (or an antiintellectual’s) response to impractical, overly abstract philosophers. At that level, the proper response is that conceptual analysis is a prior inquiry – we cannot study law until we know what we mean by ‘law’.” Assim também, ANDREI MARMOR, *ob. cit.*, p. 220, “In other words, even if the method of legal philosophy is not necessarily conceptual analysis, you must start with some concepts that define the subject matter, concepts, or conceptions that determine what is in need of explanation. (...) But, interpretivism tells us, nothing about the prevailing concepts of a practice or an institution really justifies this privilege of determining what is the true nature of the subject matter that calls for theorizing. Concepts, prevailing and entrenched as they may be, can get things totally wrong, even if they are not contested at the time. Just as astronomy would be wrongheaded to take for granted that stars are holes in the sky, as was once widely believed, and take it from there, so legal philosophy would be wrongheaded to assume that law is, say, what political authorities decree, and just take it from there. The analogy is misleading, of course; we can start with a theory that stars are holes in the sky and see how far it takes us. As it turns out, it did not take us far enough, so we had to revise the assumption about what stars are in light of the relevant evidence. Philosophy, however, does not have the luxury of the scientific methods allowing hypotheses to be tested empirically. So the danger is that if we take concepts for granted, we might be stuck with trying to explain how stars are holes in the sky.”

segundo a qual se pode afirmar que não existe “pensamento sem palavra”.⁸²

Assim sendo, se se está perante a *identity question* “O que é x?”, e tendo em conta, para além do mais, que a análise conceptual precede os restantes métodos, parece então forçar-se o seu destinatário a tomar um necessário rumo metodológico nessa difícil tarefa que será associar-lhe uma resposta: o método da análise conceptual⁸³. Ao mesmo tempo, pela forma como se apresenta a pergunta, afigura-se que deve ser excluído do âmbito desta investigação o método jurídico-normativo, na medida em que se pretende saber o que é uma consequência jurídica-criminal e não aquilo que ela *deveria* ser. A opção contrária seria desvincular e, por consequência, invalidar, uma resposta, já que ela não seria uma resposta à pergunta aqui colocada, mas sim a outra: “O que *deveria* ser x?”.

A julgada inevitabilidade da opção pelo método jurídico-analítico é uma das razões pela qual será este o método aplicado nesta investigação. A outra, que até se vê como a principal, reside no facto de se concordar com este método, como se tentará explicar de seguida.

§ 44. Em primeiro lugar importa mencionar que este método tem assumido várias designações na literatura estrangeira: “*conceptual analysis*”, “*descriptive metaphysics*”, “*reflective equilibrium*”, “*rational reconstruction*”. Aqui a opção recairá na tradução literal do conceito “*conceptual analysis*” (“análise conceptual”) por razões de simplicidade e por se entender que é a sua designação tradicional.⁸⁴

Sendo considerado o método dominante na filosofia contemporânea, a sua compreensão tem vindo a ser feita de diferentes maneiras.

Num escrito de 1966, Robert Summers, em contraposição com aquela que era para ele a escola clássica do pensamento analítico, afirmou que o método analítico conheceu uma nova onda anglo-americana, de âmbito mais alargado, com uma metodologia, uma “razão intencional de um método”⁸⁵, mais sofisticada, menos positivista e mais utilitária⁸⁶. Apesar

⁸² Sobre esta problemática, *vd.* CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos de Metodologia Jurídica: Segundo as Lições*, Coimbra, 1988-1989, pp. 3 e ss.

⁸³ Acompanha-se aqui a ideia segundo a qual mesmo quem adoptar uma teoria naturalística do direito não estará liberto das amarras da análise conceptual. Neste sentido *vd.* JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 18 e 19; ROBERT ALEXY, “On the Concept and the Nature of Law”, in *Ratio Juris*, vol. 21, n.º 3, Setembro de 2008, pp. 281 a 299;

⁸⁴ Assim também, SCOTT J. SHAPIRO, *ob. cit.*, p. 13.

⁸⁵ *Vd.* CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 9.

⁸⁶ Para o Autor, o método analítico anglo-americano começou com Thomas Hobbes e atingiu o seu zénite no séc. XIX pelas mãos do jurista britânico John Austin. A esta escola clássica seguiu-se, então, a referida nova onda de autores com uma metodologia alternativa, inovadora em relação à escola clássica, cujos representantes

destes diversos movimentos, o Autor considerava que o método analítico tinha um especial e preponderante tipo de análise, *sc.* a análise conceptual, que era visto como o principal elemento agregador de todos os pensadores do método analítico-jurídico.⁸⁷⁻⁸⁸

Outro entendimento do significado da análise conceptual e que parece predominar nos dias de hoje é o de Joseph Raz. Olhando para este método como o método filosófico primordial, e colocando os conceitos entre o mundo e as palavras ou frases que os expressam, Joseph Raz considera que não existe diferença entre a explicação de conceitos e a natureza das coisas conceptualizadas⁸⁹. Para este Autor, uma teoria do direito, para ser válida, deve preencher cumulativamente dois critérios: em primeiro lugar, deve partir de premissas acerca do direito que são necessariamente verdadeiras e, em segundo lugar, deve explicar o que é o direito⁹⁰.

Veja-se ainda, neste sentido, aquilo que nos deixou Robert Alexy, segundo o qual,

britânicos eram Hart, Williams e Hughes, e os americanos, Dworkin, Fried, Morris e Wasserstrom. Para tal, *vd.* ROBERT S. SUMMERS, “The New Analytical Jurists”, in *New York University Law Review*, vol. 41, 1966, pp. 862 e 863.

⁸⁷ Na sua visão, as actividades implicadas pelo novo e amplificado método analítico podiam ser divididas em quatro tipos: *i)* “analysis of the existing conceptual framework of and about law”; *ii)* “construction of new conceptual frameworks with accompanying terminologies”; *iii)* “ration justification of institutions and practices, existing and proposed”; *iv)* “purposive implication – tracing out what the acceptance of social purposes ‘implies’ in terms of social arrangements and social ordering.” *Ibidem*, pp. 865 e 866.

⁸⁸ Veja-se o seu entendimento sobre este método: “At least to philosophers, conceptual analysis is important because clarity and insight are important. (...) Through analysis, it is often possible to achieve better understanding. (...) What is the conceptual analysis? Whether we speak of “conceptual analysis” or of “analyzing the uses of the words,” it all comes to much the same. The phrase “linguistic analysis”, though often used, is less appropriate. It implies the language itself is the relevant subject matter, and this is not so. The relevant subject matter consists of concepts or ideas currently used by either laymen or professionals in dealing with law. Language of course is necessary, but only as the means by which, and the medium in which, concepts or ideas are dealt with. (...) For analysis is not a single activity, but rather a family of related activities. It includes breaking down concepts, differentiating related concepts, correlating and/or unifying related concepts, classifying them in some way, and charting their implications – their “logical bearings”. Perhaps “analysis” is not an ideal word, but in the interest of brevity some cover word is essential, and “analysis” seems better than any other.” (*Ibidem*, pp. 867 e 868). Outro autor que não faz coincidir o método analítico-jurídico com uma mera análise conceptual é Andrei Marmor, segundo o qual “Analytical legal philosophy is not an exercise in conceptual analysis”; “the constraints imposed by the need to rely on semantics do not entail that we have to take all that much for granted. It only means that we must be aware of the fact that the semantics of a natural language play a very important role in belief formation. Language, in other words, imposes certain constraints on social explanations, but it is not the main object of them. It certainly does not mean that philosophical problems are conceptual problems, or that conceptual analysis forms the relevant methodological foundations. Every reductive explanation presupposes that the class reduced to is, in some relevant sense, more foundational than the reduced class; but it does not have to assume that it is as foundational as it gets.” *Vd.* ANDREI MARMOR, *ob. cit.*, 209 e 228 e 229.

⁸⁹ JOSEPH RAZ, *ob. cit.*, p. 325.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 324. A sua compreensão relativa à análise conceptual é sumariamente assim descrita: “Those who, like Hart and Ryle, emphasize the close connection between concepts and the nature of things can be said to be implicitly committed to the view that a complete understanding of a concept consists in knowing and understanding all the necessary features of its object, that is, of that of which it is a concept. I will follow them in equating complete mastery of a concept with knowledge and understanding of all the necessary features of the objects to which it applies. Thus, complete mastery of the concept of a table consists in knowledge and understanding of all the essential properties of tables, and so on. (...) I regard the explanation of the nature of law as the primary task of the theory of law. That the explanation of the concept of law is one of its secondary tasks is a result of the fact that part of the task of explaining the nature of law is to explain how people perceive the law, and therefore, where the law exists in a country whose population has the concept of law, it becomes relevant to know whether the law is affected by its concept.” (*ibidem*, p. 326)

“Enquiring into the nature of something is to enquire into its necessary properties. Thus, for the question ‘What is the nature of law?’ one may substitute the question ‘What are the necessary properties of law?’ Necessary properties that are specific to the law are essential properties of law. Essential or necessary properties of law are those properties without which law would not be law. They must be there, quite apart from space and time, wherever and whenever law exists. Thus, necessary or essential properties are at the same time universal characteristics of law. Legal philosophy qua enquiry into the nature of law is, therefore, an enterprise universalistic in nature.”⁹¹

Num sentido idêntico segue Julie Dickson, para quem o método analítico-conceitual também consiste no apuramento das características essenciais do fenómeno conceptualizado, ou seja, a sua natureza, assim se identificando a natureza do objecto analisado com o seu próprio conceito: “*analytical jurisprudence is concerned with accurately and adequately explaining the nature of law. This notion of "the nature of law" may require a little further elaboration. (...) I am using "the nature of law" to refer to those essential properties which a given set of phenomena must exhibit in order to be law. The task of analytical jurisprudence, then, is to search for and explain those properties of law which make it into what it is. Such properties are evidently ones which law, at any time, and in any place, must exhibit.*”⁹²⁻⁹³

Destas últimas visões, em primeiro lugar, ressalta a ideia de que a análise conceptual não se fica apenas pelo *conceito*, interessando-se também pela *utilização do conceito*, pelo que, deste modo, deixa de se apresentar como um exercício unicamente linguístico. Em segundo lugar, pode-se agrupar aquelas teorias numa só ideia que constrói o conceito em função das características essenciais do fenómeno por ele abarcado, existindo assim uma interligação entre o método analítico e o método empírico. Este último parece surgir no momento em que se procede à selecção daquelas características que, por dizerem respeito a fenómenos sociológicos, fazem com que as verdades que se pretendem extrair sejam empíricas e sociológicas, precisamente porque são obtidas por métodos com essa natureza. Sem embargo, não é isto razão para se afirmar que se dá uma consumpção da análise conceptual sobre método empírico, mas sim apenas para dizer que algumas das verdades relativas àquelas características essenciais podem ser empíricas, aqui nascendo, portanto, a tal intersecção que se pretende enfatizar.

É importante ter a consciência de que a pergunta de estudo se foca nos limites de

⁹¹ ROBERT ALEXY, *ob. cit.*, p. 290.

⁹² JULIE DICKSON, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 17 e 18.

⁹³ Para consultar outros entendimentos semelhantes, *vd.* TORBEN SPAAK, “Schauer’s Anti-Essentialism”, in *Ratio Juris*, vol. n.º 29, n.º 2, Junho de 2016, p. 188.

uma categoria específica, não tendo que ver, por ex., com questões sobre práticas institucionais ou origens históricas de um regime jurídico, onde, aqui sim, deve predominar o método empírico. Apenas se releva que há certos aspectos desta particular concepção do método analítico que se relacionam com a nossa vivência empírica e sociológica. Recorrendo às bem esclarecedoras palavras de Brian Bix, “*One might point out that if it would be mistaken to try to ground a theory of the nature of law solely on empirical or sociological grounds, without reference to conceptual analysis, it would be equally mistaken to ground such a theory solely on conceptual analysis, without reference to empirical and sociological truths.*”⁹⁴

O tratamento deste método analítico que tem vindo a ser feito teve dois propósitos essenciais. Em primeiro lugar, se foi este o método escolhido para a esta investigação, não podia ele deixar de ser conhecido, embora ao de leve, através dos seus traços essenciais que compõem o seu significado. Em segundo lugar, tendo em conta que, como se constatou, há distintas compreensões do mesmo, pouco adiantaria a mera afirmação de que foi ele o escolhido, já que, na verdade, não se saberia qual a sua concreta concepção que se quis seguir.

É chegado o momento escolher uma das concepções para prosseguir este caminho. A opção recaiu sobre a utilizada por Joseph Raz, acompanhada pela semelhante posição de Robert Alexy e Julie Dickson, segundo a qual este método consiste no apuramento das características essenciais do fenómeno conceptualizado, de modo a que a natureza do objecto ou referente analisado se identifique com o significado do seu conceito. Como já se declarou, este é o entendimento predominante relativo ao método jurídico-analítico, o que quer significar que esta concepção vai gozando de actualidade, que se mostra como um predicativo que acaba por ter considerável peso nesta escolha. Não se deve esconder, claro está, que nos revemos nesta visão metodológica, que, na verdade, é o factor de escolha com maior significância. Ao mesmo tempo o espaço e tempo disponíveis impossibilitam uma completa fundamentação desta opção, já que fazê-lo de modo convincente implicaria baixar às profundezas da (meta)metafilosofia e incorrer em questões relativas à validade de métodos. Numa espécie de contrapeso desta incompletude de fundamentação, nos próximos momentos, ficarão expostas algumas das fragilidades do método escolhido, bem como alguns argumentos que procuram combatê-las.

Importa então que se desça até ao caso concreto da investigação e a que se actualize o *status* metodológico. No seguimento, se a pergunta seleccionada para abordar a questão metodológica foi “O que é uma consequência jurídico-penal?”, e se se acabou de seguir a

⁹⁴ BRIAN BIX, *ob. cit.*, p. 543.

concepção segundo a qual se deve identificar o conceito com a natureza do fenómeno por ele abarcado, então o método consistirá em apurar as características essenciais de uma consequência jurídico-penal do ordenamento português para se descobrir o significado do conceito e assim criar esta condição necessária para se poder responder à pergunta de estudo.

§ 45. Vistos os traços essenciais do método adoptado, o cerne agora será a sua caracterização, o que poderá implicar expor as suas naturais fragilidades, potenciando assim o seu melhor manuseamento, fruto de um desejado conhecimento mais aprofundado sobre o mesmo.

Scott Shapiro compara a actividade de um teórico que aplique o método jurídico-analítico ao trabalho de um detective. Exemplificando com um caso de homicídio, sugere que, assim como o detective recolhe no local do crime o máximo de provas para posteriormente, com o seu conhecimento do mundo e da mente humana, afastar os suspeitos e identificar o homicida, também na análise conceptual se recolhem provas e se leva a cabo uma delimitação negativa com o intuito de identificar o fenómeno que é abrangido pelo conceito em questão. A maior diferença no desempenho de ambos é a de que, enquanto o detective recolhe provas e analisa verdadeiros estados de coisas (“*true states of affairs*”), o teórico está interessado em truísmos, ou seja, provas ou pistas que não sejam meramente verdades, mas sim verdades óbvias ou banais (“*self-evidently*”). Neste sentido, para este Autor, a análise conceptual consiste na obtenção de truísmos (ou “platitudes”, segundo a terminologia da Escola de Camberra⁹⁵) acerca de uma específica entidade, que são as pistas que ajudam a determinar a identidade deste objecto. Consequentemente, uma teoria, embora não tenha de cumprir com todos os truísmos, deve preenchê-los no maior número possível.⁹⁶

Assim, definindo o direito como o conceito a identificar, o Autor avança com alguns truísmos acerca de órgãos do sistema judicial (“os tribunais interpretam a lei”), de normas jurídicas (“algumas leis impõem obrigações”), de autoridade (“em todos os sistemas legais, uma pessoa ou um órgão tem competência para produzir leis”), de motivações (“o facto de existir uma norma de conduta não significa que as pessoas a cumpram”), de objectividade (“os tribunais podem errar ao interpretar as normas jurídicas”). De seguida, conclui que um

⁹⁵ Sobre o papel das platitudes na análise conceptual, *vd.* MARK JOHNSTON e SARAH-JANE LESLIE, “Concepts, Analysis, Generics and the Canberra Plan”, in *Philosophical Perspectives*, vol. 26, *Issue 1*, Dezembro de 2012, pp. 113 a 171. *Vd.* ainda sobre a “*Idea of Platitude*”, TORBEN SPAAK, “The Canberra Plan and the Nature of Law”, in *Metaphilosophy of Law*, editado por Pawel Banaś, Adam Dyrda e Tomasz Gizbert-Studnicki, Hat Publishing, Portland, 2016, pp. 100 e s.

⁹⁶ SCOTT J. SHAPIRO, *ob. cit.*, pp. 13 e 14.

teórico, se pretender criar uma teoria relativa à identidade do direito, não deve violar os truísmos supramencionados sob pena de a enfraquecer, como seria o caso de uma teoria onde se defendesse que o direito é tudo aquilo que os tribunais dizem. Como se verifica, esta teoria não cumpriria com o truísmo relativo à objectividade, já que estaria assente na premissa de que os tribunais são infalíveis, precisamente o oposto do conteúdo daquele truísmo.⁹⁷

Daqui podem retirar-se algumas características relativas a uma teoria cujo cerne seja uma *identity question*: os truísmos apresentam-se como suas premissas básicas; deve haver coerência entre as suas conclusões e os truísmos; a validade das conclusões está necessariamente dependente da validade dos truísmos. Numa análise conjunta destas últimas ideias é possível perceber a essencialidade que reveste a tarefa de erigir truísmos. O mérito de uma teoria pode, inclusivamente, medir-se através da força dos seus truísmos e do método que os une às suas conclusões. Por muito válidas que sejam as operações metodológicas, se, como dizia Descartes, tomarmos “por ouro e diamantes o que é apenas um pouco de cobre e de vidro”⁹⁸, temos criadas as condições para apresentarmos uma enganada teoria.

Ora, é precisamente esta estrita dependência dos truísmos ou platitudes uma das maiores fragilidades destas teorias que se regem pelos trâmites metodológicos da análise conceptual.

Contudo, atente-se bem no facto de se ter associado a fragilidade às próprias teorias e não ao método analítico que temos vindo a expor. Uma crítica à escolha dos truísmos sobre os quais se pode basear uma tese não invalida a análise conceptual. Vistas bem as coisas, o que se questiona é as premissas de que parte o método e não o próprio método, assim se demonstrando a independência que existe entre a escolha dos truísmos e o método que sobre elas assenta.

Um dos exemplos paradigmáticos utilizados para expor esta fragilidade é aquele que lida com a questão de saber se o direito existia num regime Nazi, e que, por ex., trata das implicações dos efeitos da injustiça nas obrigações (“*lex injusta non est lex*”?). A discordância existirá, é certo, mas aquilo que se quer relevar é a circunstância de, independentemente do sentido da teoria, uma das fontes de discordância poder estar precisamente nos truísmos de que cada uma delas partirá, ou seja, nos diferentes pontos de vista de cada um dos autores⁹⁹.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 15 e 16.

⁹⁸ RENÉ DESCARTES, *O Discurso do Método – As Paixões da Alma*, traduzido por Newton de Macedo, Livraria Sá da Costa Editora, Lisboa, 1976, p. 6.

⁹⁹ Sobre esta discordância, mais concretamente sobre o tema “*Effects of injustice on obligation?*”, e seguindo o sentido da importância dos diferentes “*vienpoints?*”, vd. JOHN FINNIS, *ob. cit.*, pp. 354 a 366, das quais se salienta o seguinte trecho: “...the degrees to which the elements of some complex concept are instantiated by various particular states of affairs, all assessed from one vienpoint, the device does not register, with all the explicitness that could be desired, the difference

Neste sentido, como afirma Scott Shapiro, “*The claim that the Nazis did not have law, in other words, is not a truistic input to conceptual analysis but rather its theoretical output.*”¹⁰⁰

A periclitância de uma teoria que assente sobre truísmos parece ter o seu fundamento precisamente na origem destas suas premissas, que se afigura poder ser um raciocínio indutivo. Assim sendo, de facto, o risco inerente aos raciocínios indutivos por detrás dos truísmos de uma teoria será um risco assumido pelo seu autor, a juntar a todos os outros que tenham outra fonte, como, por ex., os advindos do método utilizado. Assim, não só a análise conceptual não se mostra afectada por causa daquelas externalidades¹⁰¹, como, pelo contrário, contribui até para potenciar a minimização desse risco, na medida em que auxilia o seu autor na avaliação do resultado desses raciocínios indutivos, ou seja, ela é susceptível de ser um reforço do próprio truísmo. Recorrendo de novo às palavras de Scott Shapiro, “*In this respect, conceptual analysis is an exercise in rational reconstruction. Unless our understanding of an entity is perfect, it is possible that we will be mistaken, at least somewhat, about what is self-evidently true of the entity in question. Conceptual analysis aims to identify the sources of confusion and help us to resolve them.*”¹⁰²

A circunstância de se criar uma teoria com base em truísmos deve, sim, alertar o seu autor para o facto de ela poder estar muito distante de se apresentar como um dogma, devendo ele esfriar uma tentadora arrogância intelectual¹⁰³ que possa surgir pelo impulso enganador do orgulho que a sua teoria lhe possa estar a provocar. Por outras palavras - e

between the meanings of statements which results from differences in viewpoint or theoretical or practical purposes” (p. 366). Neste sentido, *vd.* ainda STEPHEN R. PERRY, “Hart’s Methodological Positivism”, in *Legal Theory*, vol. 4, Issue 4, Dezembro de 1998, p. 434, “*Both Hart and Dworkin go on to suggest that we can make use of the theories of law that each will develop from his respective starting-point to make sense of social practices that truly are different from our own. Naturally, a difference of opinion about the scope of the starting-point also represents a difference of opinion about which foreign practices should be treated as truly different from our own. Dworkin initially excludes Nazi Germany from the scope of his theorizing, for example, but holds that we can use the theory of law he ultimately develops to see that there is a sense in which the Nazis had law as well as a sense in which they did not. Hart, on the other hand, assumes from the outset, apparently as a pretheoretical matter, that the Nazis really did, by our lights, have law. For the reasons already given, however, that difference should not, without more, be taken as an indication that Hart’s theoretical project is radically different from Dworkin’s. Of course I have not shown that their projects are not in the end radically different because I have only addressed the issues of starting-point and generality. I have said nothing about Hart’s claim that his theory of law, unlike Dworkin’s, is “descriptive,” and it is to that issue that we must now turn.*”

¹⁰⁰ SCOTT J. SHAPIRO, *ob. cit.*, p. 17.

¹⁰¹ Veja-se, neste sentido, SCOTT J. SHAPIRO, *ob. cit.*, p. 18, “*The fact, therefore, that theories about the nature of law are contested should not be taken to impugn conceptual analysis. Just as two detectives can disagree about which suspect committed the crime, two philosophers can disagree about what makes an entity the thing that it is. In both cases, the persons in question are attempting to figure out which account best explains the more or less common body of evidence. And in both cases, people can disagree because at least one side engages in fallacious reasoning, overlooks relevant evidence, lacks imagination, indulges in wishful thinking, or brings to bear a different worldview than their interlocutor.*”

¹⁰² SCOTT J. SHAPIRO, *ob. cit.*, p. 17.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 19, “*In what follows, we will see that same dynamic at work in the field of jurisprudence. Accounts of the nature of legality that endured for generations have frequently been felled by a few neat counterexamples. The fact that conceptual analysis is fallible, of course, does not invalidate it as a method of reasoning. After all, scientific reasoning is not foolproof either. But these considerations do underscore the need for caution. They indicate that we should not be overly confident in our assertions that a given property is part of a thing’s nature. If anything, the history of philosophy teaches us to be humble in metaphysical matters and to proceed carefully and cautiously.*”

beliscando a tolerada intolerância humana - uma teoria assim construída não é mais do que a teoria *do seu* criador, devendo ele deixar espaço, aceitar e até desejar a existência de outras propostas, criadas por quem pode ter somente outra visão do mundo, tão legítima como a dele ou de qualquer outro. Diz, nesta direcção, Tomasz Gizbert-Studnicki, “*The purpose of the analysis is to answer the question of how we comprehend and perceive the world and not the question of what the world is actually like*”¹⁰⁴. É por tudo isto que Frank Jackson caracteriza as teorias assentes na análise conceptual como desempenhando um papel *modesto* (“*modest role*”) em contraposição com as teorias imodestas (“*immodest role*”), que pretendem responder à questão sobre como é o mundo, como acontece com a física, mais concretamente na linguagem dos físicos.¹⁰⁵

Em suma, importando estas ideias para esta investigação, a resposta à pergunta de estudo assentará em truísmos cuja origem é predominantemente composta por raciocínios indutivos, influenciados pela *nossa* particular visão das coisas e que, por isso mesmo, ela não passará de ser apenas a *nossa* teoria. Para além disso, estamos em crer que a opção metodológica que tomámos não só não sai fragilizada por tudo o que ficou dito, como, pelo contrário, se pode apresentar até como um importante meio de reforço das sempre periclitantes bases desta modesta resposta, tendo em conta que faz com que não as tomemos acriticamente.

§ 46. O método analítico, de acordo com a orientação aqui seguida, que implica o apuramento das características do fenómeno conceptualizado que conformarão o significado do conceito, para além da sua função modesta acabada de salientar, apresenta outras características a perscrutar, tendo em vista dois instrumentais objectivos: *i*) aprofundar o estudo deste método; e *ii*) expor as suas aparentes fragilidades. As suas concretizações visam, acima de tudo, potenciar o domínio que se possa ter sobre ele.

¹⁰⁴ TOMASZ GIZBERT-STUDNICKI, “The Social Source Thesis, Metaphysics and Metaphilosophy”, in *Metaphilosophy of Law*, editado por Pawel Banaś, Adam Dyrda e Tomasz Gizbert-Studnicki, Hart Publishing, Portland, 2016, p. 142.

¹⁰⁵ FRANK JACKSON, *From Metaphysics to Ethics – A Defence of Concept Analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 43 e 44, “*We allow possible differences with respect to motion when how things are at times is exactly the same. Modest conceptual analysis restricts itself to drawing the conclusion that the four-dimensionalist concept of motion may not be the same as the folk concept. Immodest conceptual analysis goes on to draw the conclusion that the four dimensionalist picture of what the world is like is mistaken. I think that we should be suspicious of conceptual analysis in its immodest role—it gives intuitions about possibilities too big a place in determining what the world is like. However, the role for conceptual analysis that I am defending in these lectures is the modest role: the role is that of addressing the question of what to say about matters described in one set of terms given a story about matters in another set of terms. Conceptual analysis is not being given a role in determining the fundamental nature of our world; it is, rather, being given a central role in determining what to say in less fundamental terms given an account of the world stated in more fundamental terms.*”

Uma primeira característica tem que ver com a *redução* que o mesmo implica. Do conceito, parte-se para a escolha de um referente e, posteriormente, para a determinação de características suas, *reduzindo-se* o conceito a algo mais fundamental. Este impulso reducionista está presente, e de modo inevitável, nas técnicas de generalização e sistematização que envolvem a integração de diferentes coisas na mesma categoria, reduzindo-as assim a uma outra coisa¹⁰⁶. Assiste-se a este fenómeno, por ex., na teoria jurídica de Austin onde o direito é reduzido a factos de natureza social, explicados em termos sociológicos¹⁰⁷, ou na teoria de Hart cuja ideia, entre outras, é a de que o direito tem as suas fundações nas regras sociais, cuja explicitação é feita através de uma sua redução às condutas, crenças e atitudes das pessoas.¹⁰⁸⁻¹⁰⁹

Nos termos dos influentes ensinamentos de Andrei Marmor, há dois tipos de redução: *redução semântica* e *redução metafísica*. A primeira é definida pelo Autor assim: “*A semantic reduction would have to satisfy the condition that the entire vocabulary of a given type of discourse or theory, say, D1, can be fully expressed in terms of the axioms and vocabulary of a different type or class of statements, say D2. If this condition can be met, we have a semantic reduction of D1 to D2*”; Por sua vez, a *redução metafísica* define-se assim: “*The idea of metaphysical reduction is to show that a distinct type of phenomenon is actually constituted by, and fully reducible to, some other, more fundamental type of phenomenon. (...) Constitutive or metaphysical reduction is not about concepts. It is about the nature of things—that is, about the actual properties of objects or phenomena and their constitutive elements.*”¹¹⁰

Este método analítico implementado na resposta desta investigação implicará o tipo de redução metafísica, como parece ter sido feito nas teorias de Austin e Hart. A explicação dirá, por isso, respeito essencialmente a fenómenos observáveis e não ao uso de conceitos num concreto âmbito. Assim, a natureza da redução não implicará uma decomposição de conceitos num conjunto de conceitos mais fundamentais, mas sim na decomposição dos referentes do conceito.¹¹¹

¹⁰⁶ Assim, ROBERT S. SUMMERS, *ob. cit.*, p. 882.

¹⁰⁷ JOHN AUSTIN, *The province of jurisprudence determined*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 10 a 37.

¹⁰⁸ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3.^a Ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 79 e s.

¹⁰⁹ No sentido de que estes autores avançaram com teses reducionistas, *vd.* ANDREI MARMOR, *ob. cit.*, pp. 214 e 215.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 216.

¹¹¹ Como dizia N.M. Korkunov, “*To make generalizations more certain, the materials, the facts, which present themselves to our observation, must be considered beforehand. For this purpose we analyze our notions, decompose them, to find out their general elements and the different combinations they make. Then we combine together these general elements and the notions which we have found by analysis just as all true scientific research requires, and we thus construct some juridical conceptions, original ideal constructions, such as all science tends toward. Finally, these scientific combinations, collected together, we classify, guiding ourselves by their common resemblances and differences in grouping them.*” (N.M. KORKUNOV, *General Theory of Law*, 2.^a ed., traduzido por W. G. Hastings, MacMillan Company, Nova Iorque, 1922, pp. 494 e 495.). Neste sentido

Porém, como adverte Tomasz Gizbert-Studnicki, não quererá isto significar que a redução metafísica torne o método analítico numa tarefa puramente empírica, já que, ao contrário do que parece ter considerado Andrei Marmor, a análise conceptual pode assumir várias concepções que façam dela mais do que uma mera análise semântica, como acontece precisamente com a concepção aqui seguida.¹¹²

Ora, este reducionismo faz com que tenhamos de ter uma noção sobre aquilo que é essencial ao referente do conceito e aquilo que lhe é incidental ou contingente, caso contrário produz-se uma redução sem critério (“*criteria of success*”¹¹³). Do reducionismo desta concepção da análise conceptual parte-se para outro seu predicativo: o *essencialismo*.

§ 47. Procurar pela natureza do conceito “consequência jurídico-penal” será então ir aqui em busca das características essenciais do seu referente, de forma a que se possa afirmar estar perante uma consequência jurídica de natureza penal. Uma das premissas aqui por detrás é a ideia de que os referentes têm características *essenciais*. É neste pensamento que assenta o *essencialismo*. Neste sentido, o método aqui edificado será essencialista.

De acordo com E.J. Lowe, há duas distintas noções de característica ou propriedade essencial: i) *temporal*; e ii) *contrafactual*. Nos termos da primeira noção, uma propriedade essencial é aquela que um objecto sempre possuiu e que só deixará de pertencer ao objecto se este deixar de existir. Já na segunda noção, a propriedade essencial é aquela que sempre fez parte do objecto e que este não poderia não ter.¹¹⁴

É esta noção *contrafactual*, mais forte, no sentido de que abarca os casos contemplados da noção *temporal*, que será adoptada no método desta investigação. Por conseguinte, a missão consistirá em procurar por características essenciais de um ou mais referentes do conceito “consequência jurídico-penal”, e que deles sempre fizeram parte e que eles não

também, *vd.* FRANCESCO CARNELUTTI, *Metodología del Derecho*, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2003, pp. 74 e ss.

¹¹² TOMASZ GIZBERT-STUDNICKI, *ob. cit.*, pp. 125 e 126.

¹¹³ ANDREI MARMOR, *ob. cit.*, pp. 222.

¹¹⁴ E.J. LOWE, *A Survey of Metaphysics*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 96 e 97: “*The second of this senses in which a property may be said to be “essential” is stronger than the first. That is to say, if a property P is an essential property of an object O in the second sense, then P is also an essential property of O in the first sense; but the converse is not true – P may be an essential property of O in the first sense without being an essential property of O in the second sense. Thus, many of an object’s historical properties are plainly essential properties of it in the first sense, but are plausibly not essential properties of it in the second sense. For example, if a certain object, O, first came into existence at a certain time, t, then that object has always had the property of having first come into existence at t and cannot cease to possess it, unless it ceases to exist and thereby ceases to possess any properties whatever. But it does not follow that O could not have first come into existence at a different time – and if it had, then it plainly would not have possessed the property of having first come into existence at t. Plausibly, this property is not an essential property of O in our second sense – it is not a property which O possesses at all times in every possible world which O exists.*”

poderiam não ter.

Importa ainda distinguir esta noção de característica essencial com a de “característica accidental” (“*accidental property*”¹¹⁵), que é uma característica que um objecto a certo momento tem e que pode deixar de ter sem deixar de ser o objecto que é. A dificuldade não está tanto em distinguir as definições de cada uma das noções (essencial ou accidental), mas sim em descortinar quais as características de um objecto que compreendem aquelas definições.

Questiona-se ainda se existirão características essenciais (de acordo com a noção contrafactual) *únicas* ou *exclusivamente* possuídas por um objecto ou referente. O que aqui está em causa é a admissibilidade da *tese da necessidade de identidade* (“*thesis of the necessity of identity*”). Continuando a perseguir as pegadas de E.J. Lowe, o Autor explica esta teoria através do “*mind-body problem*”, nos termos do qual se coloca a hipótese de uma pessoa ser idêntica ao seu corpo, num exercício que coloca em jogo duas variáveis, *sc.* uma alma e um corpo, e que, não obstante imaginário, pode dizer respeito a uma hipótese possível. A “*thesis of the necessity of identity*” é então simplesmente explicada através daquele problema e avança que, se se considerar que é verdade que uma pessoa/alma seja idêntica ao seu corpo, então é *necessariamente* verdade que haja essa concreta identidade. Neste caso, admite-se, portanto, esta teoria. Se, pelo contrário, se entender que não existe essa identidade, então defende-se a posição que refuta essa tese.¹¹⁶

A *thesis of the necessity of identity* é a premissa de que parte a teoria que defende a existência de características essenciais que pertencem exclusivamente a um objecto. O que deve ser sabido desde já é que a contestabilidade da *thesis of the necessity of identity* atribuirá àquela teoria, que dela depende, um carácter igualmente contestável, como é natural neste âmbito profundamente abstracto.¹¹⁷⁻¹¹⁸

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 97.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 92 a 95.

¹¹⁷ Veja-se, então, o exemplo dado por E.J. Lowe que permite sustentar a teoria de que existem características essenciais que podem pertencer única e exclusivamente a um objecto: “*I have in my mind a property such as the property of being identical with O, where O is any particular object. For if the thesis of necessity of identity is correct, then anything which is identical with O in this, the actual world is identical with O in every possible world in which O exists. And, it would seem, only whatever is identical with O in any given possible world possesses the property of being identical with O in that world. Hence, whatever is identical with O in this, the actual world possesses the property of being identical with O in every possible world in which anything possesses that property – so that the same thing, O, alone possesses that property in any world in which anything does. But this is precisely to imply that the property of being identical with O is an essential property which only O possesses. So there is at least one essential property which only one object can possess, which is what we set out to show*” (*Ibidem*, p. 99).

¹¹⁸ Esta estreita e íntima ligação estabelecida entre os conceitos “essência” e “necessidade”, neste âmbito das características de um objecto, é colocada a nu por Kit Fine da seguinte maneira: “*Indeed, it seems to me that far from viewing essence as a special case of metaphysical necessity, we should view metaphysical necessity as a special case of essence. For each class of objects, be they concepts or individuals or entities of some other kind, will give rise to its own domain of necessary truths, the truths which flow from the nature of the objects in question. The metaphysically necessary truths can then be identified with the propositions which are true in virtue of the nature of all objects whatever*” (KIT FINE, “*Essence and Modality*”, in *Philosophical Perspectives*, vol. 8, 1994, p. 9).

Qualquer opção que seja tomada, relativamente ao seu recebimento no método a construir para a resposta da investigação, não estará livre de crítica¹¹⁹. A decisão recaiu sobre a ideia de que é possível a existência de características essenciais que pertencem única e exclusivamente a um objecto. Avançar-se-á com os dois motivos que sustentam esta decisão: i) porque, não obstante imaginária, é uma hipótese possível, como a argumentação de E.J. Lowe parece comprovar; ii) porque esta opção reveste particular importância na prossecução dos objectivos aqui a prosseguir. Não se esqueça de que a resposta da investigação envolverá a criação de um critério que tem por finalidade uma categorização de consequências jurídicas, pelo que um critério que possa assentar numa característica essencial e única ou exclusiva de um referente da consequência jurídico-criminal estará mais apto a evitar uma errada categorização. Assim sendo, porque se está num momento em que o método está a ser

¹¹⁹ A crítica ao essencialismo presente em teorias que se preocupam com a determinação da natureza do direito costuma assentar na ideia de que o direito não possui nenhuma característica essencial. Contudo, não parece que esta seja, na verdade, uma crítica ao método utilizado por essas teorias, mas sim uma crítica às próprias teorias. Se se vir bem, a afirmação de que o direito não possui características essenciais não só não derruba o essencialismo, como, na verdade, até o confirma, na medida em que só se pode conduir que não existem características essenciais se nos tivermos lançados na sua busca, i.e., se tivermos seguido o essencialismo. Aspecto diferente é a conclusão que se pode obter no final da aplicação do método, de onde se pode formar, sim, uma crítica a uma teoria que tenha assentado nesse essencialismo, que, bem vistas as coisas, foi o caminho utilizado para fundamentar a própria crítica. Neste sentido, *vd.* MIODRAG A. JOVANOVIĆ, *The Nature of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 39, “A claim denying that law possesses any essential properties need not focus on showing “inabilities” of some theory to find them, because even if a theory is unable to complete its task, this still does not imply that law does not have essential properties.”

Para uma crítica feroz ao essencialismo, *vd.* FREDERICK SCHAUER, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015. Para uma sistematização da argumentação anti-essencialista de Frederick Schauer *vd.* TORBEN SPAAK, “Schauer’s Anti-Essentialism”, in *ob. cit.*, p. 183, “He adduces two distinct claims in support of this main methodological claim (MMC), as I shall refer to it, namely, (1) that law has no essential properties, and (2) that focusing on essential properties of law to the exclusion of properties that are typical of law and important, albeit not essential, means that the theorist will run the risk of missing out on important insights. And he adduces in turn two distinct claims in support of claim (1), namely, (1a) that people in general think of and with concepts not in terms of necessary and sufficient conditions for their proper application, but in terms of central and peripheral cases, and accept that not all instances, not even all central instances, of a concept share any one property or properties, and (1b) that the concept of law is a family resemblance concept, or a so-called cluster concept.” Em jeito de contra-argumentação, avança Torben Spaak: “Schauer speaks of “essential” properties of law, he appears to have in mind not essential properties of law in either of the two senses explained, but rather properties that correspond to the necessary (and sufficient) conditions for the applicability of the concept of law. And this in turn appears to mean that Schauer’s legal antiessentialism (...) is not anti-essentialism in the sense of a rejection of the existence of essential properties of an instance of the concept of law or of the concept of law itself, but anti-essentialism in the sense of a rejection of the possibility of analyzing the concept of law in terms of necessary and sufficient condition” (p. 189).

Quem também se opõe às críticas feitas ao essencialismo é Andrei Marmor, para quem o essencialismo parece ser uma inevitabilidade. Para tal, *vd.* ANDREI MARMOR, *ob. cit.*, pp. 222 e 223, “I made earlier—that I do not see how interpretivism avoids the same problem. Suppose you do not make any assumptions about essential aspects of law and instead ask yourself what justifies the use of collective force, or any other similar question that puts a moral concern about law at the forefront. We would still need to know that your moral concern is one about the law, and, more importantly, that the conclusions you reach are such that they tell us something of interest about the nature of law. I just do not see how any of this can be done without making certain assumptions about aspects of law that we deem more essential to it, or more characteristic of it, than others. What makes Dworkin’s question about the legitimacy of the use of collective force more relevant to law, than, say, a question about the moral legitimacy of progressive taxes? The answer has to be this: We can have law and a functioning legal system in place without a progressive tax system, while, presumably, we cannot have law without some coercive element at work. Which is to say that we have already assumed that coercion is somehow more essential to law, more central to what law is, than a progressive system of taxation. And I hope it is clear that the example generalizes to all cases.”

edificado, e porque há o intuito de se criar um robusto critério que seja apto a levar a cabo aquela categorização da melhor maneira possível, esta teoria deve ser vista como um elemento potenciador da prossecução destes desígnios.

Por tudo isto, e com o intuito de actualizar o método, acrescentam-se estas últimas conclusões às anteriormente avançadas: redução do conceito “consequência jurídico-criminal” a características de um seu referente; exclusão das características que lhe sejam acidentais e procura pelas características essenciais desse referente, ou seja, pelas propriedades que sempre fizeram parte desse referente e que não poderiam não fazer; destas propriedades, proceder à selecção de uma ou mais que lhe sejam necessárias, ou seja, que pertençam única e exclusivamente a esse referente.

§ 48. A razão pela qual a predicação do método da investigação é como é acabou de ser denunciada e pode dizer-se de carácter utilitário, tendo em conta que o desejo foi o de criar um critério robusto que foi definindo o conteúdo do método. Agora, as próximas páginas terão como foco especificamente esse elemento definidor do método (“que será o que for a metodologia”¹²⁰), mais concretamente sobre a noção e aplicabilidade do critério.

Antes de partir para essas considerações, recorde-se de que a pergunta de estudo envolve necessariamente a criação de um critério, não obstante não se cingir a esta tarefa, já que ela chama ainda por uma resposta relativa ao modo de aplicação desse critério. Contudo, esta parte da resposta não participará nos próximos momentos, sendo a sua protagonista unicamente a noção do critério que se quer criar. Nunca é demais lembrar que a pergunta (“O que é uma consequência jurídico-criminal?”) que tem servido de veículo para a exposição do método desta investigação não esgota a pergunta de estudo, sendo sim parte necessária dela. Importando a terminologia de Scott Shapiro, é ela uma *identity question*, logo, se o critério diz respeito a essa pergunta, não admirará que ele seja apelidado neste âmbito de “*criterion of identity*” ou “critério de identidade”.

§ 49. Apesar de a noção de “*criterion of identity*” ou “*criteria of identity*” ter sido enfatizada e popularizada por Ludwig Wittgenstein¹²¹, o crédito pela sua introdução na literatura deve ser dado a Gottlob Frege¹²² que, no famoso § 62 do seu célebre livro “*Die Grundlagen der*

¹²⁰ Vd. CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos de Metodologia Jurídica...*, p. 15, “Assim, se a metodologia e o método se distinguem, pois aquela é o logos que se refere este, o certo é que o método será o que for a metodologia.”

¹²¹ Vd. LUDWIG WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, 3.^a ed., Oxford: Basil Blackwell, Oxford, 1958, §§ 253, 288 e 322.

¹²² Neste sentido, vd. E.J. LOWE, “Objects and Criteria of Identity”, in *A Companion to the Philosophy of Language*,

Arithmetik” de 1884 (traduzido por J. L. Austin como “*The Foundations of Arithmetic*”), escreveu: “*If we are to use symbol A to signify an object, we must have a criterion for deciding in all cases whether B is the same as A, even if it is not always in our power to apply this criterion.*”¹²³

No cerne das dificuldades relacionadas com a consagração de uma concepção desta noção (que parece nem sequer ter um significado claro¹²⁴), sempre esteve a *forma* que este critério deveria assumir, tendo-se erigido dois paradigmas na literatura que, de acordo com a nomenclatura atribuída por Timothy Williamson¹²⁵, se distinguem entre “*one-level*” e “*two-level*”.

É precisamente a extrema dificuldade em explicar o que é um “critério de identidade” que obriga a que a sua execução tenha de ser feita através da enunciação de exemplos, que procuram esclarecer aquilo em que consiste cada uma das duas formas supramencionadas.

O critério de identidade “*two-level*”, também conhecido por “*Frege’s criterion*”, foi pensado para objectos de natureza abstracta e, de acordo com os seus termos, foi explanado por Gottlob Frege assim: “*The judgement “line a is parallel to line b”, or using symbols,*

$$a // b$$

*can be taken as an identity. If we do this, we obtain the concept of direction, and say: “the direction of line a is identical with the direction of line b. Thus we replace the symbol // by the more generic symbol =, through removing what is specific in the content of the former and dividing it between a and b. We carve up the content in a way different from the original way, and this yields us a new concept.”*¹²⁶

E.J. Lowe representa este raciocínio concreto de Gottlob Frege relativo à direcção de rectas através da seguinte fórmula:

$$\forall x \forall y (Line(x) \& Line(y)) \rightarrow (dx = dy \leftrightarrow x // y)$$

e descreve-a assim: “*the direction of line X is identical with the direction of line y if and only if lines x*

editado por B. Hale e C. Wright, 2.^a ed., Wiley-Blackwell, Oxford, 2017, p. 996. Porém, o Autor faz uma ressalva, senão veja-se: “*The notion of a criterion of identity is one which, again, we owe largely to Frege (Frege, 1953, pp. 73 ff.), though we can find antecedents to it in ancient and medieval discussions of the principium individuationis (see, for example, Anscombe, 1981; Gracia, 1988) and in Locke’s discussion of the idea of identity (Locke, 1975, pp. 328 ff.).*”

¹²³ GOTTLOB FREGE, *The Foundations of Arithmetic – A logico-mathematical enquiry into the concept of number*, traduzido por J. L. Austin, 2.^a ed. revista, Harper Torchbook, Nova Iorque, 1960, p. 73.

¹²⁴ THIMOTHY WILLIAMSON, *Identity and Discrimination*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2013, p. 144.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 144 e s.

¹²⁶ GOTTLOB FREGE, *ob. cit.*, pp. 74 e 75, § 64.

and y are parallel with one another.”¹²⁷

Porém, dissociando a fórmula do exemplo concreto de Gottlob Frege, e observando a lógica que preside ao seu raciocínio, que mais não é do que a fórmula do critério de identidade “two-level”, E.J. Lowe deixa-nos essa fórmula, não sem antes concretizar os seus termos: “identity, where ' $f()$ ' is a functional expression, ' x ' and ' y ' are individual variables, and ' R ' expresses a certain equivalence relation defined over the domain to which the values of those variables belong.”¹²⁸

$$(\forall x) (\forall y) (f(x) = f(y) \leftrightarrow Rxy)$$

Aqui vemos como o critério de identidade (*paralelismo*) de um “objecto” ou conceito (*direcção*) se apresenta através de uma relação de equivalência estabelecida entre objectos distintos (*rectas*) daqueloutro (*direcção*). O critério de identidade do conceito “*direcção*” é o *paralelismo* de *rectas*, ou seja, a direcção da recta a é idêntica à direcção da recta b se, e apenas se, a recta a for *paralela* à recta b .¹²⁹

Um dos problemas apontados ao critério “two-level” é o de que ele parece talhado apenas para coisas abstractas¹³⁰, formadas por, por ex., a “direcção de”, a “cor de”, a “forma de”, e não para, também exemplificando, nomes como “Londres” ou “Napoleão”. Para além disso, uma direcção é algo essencial de uma recta, seguindo o caso de Gottlob Frege, sem embargo, em contraponto, uma pessoa não parece ser essencial de nada, ficando, assim, a descoberto, uma implícita “ordem de dependência ontológica” no exemplo concreto de Gottlob Frege.¹³¹

Por sua vez, o critério de identidade “one-level” já parece estar talhado para objectos concretos, não obstante o seu caso paradigmático dizer respeito a entes abstractos (conjuntos

¹²⁷ E.J. LOWE, “Objects and Criteria of Identity”, pp. 996 e 997.

¹²⁸ E.J. LOWE, “What is a Criterion of Identity”, in *The Philosophical Quarterly*, vol. 34, n.º 154, Janeiro de 1989, p. 3.

¹²⁹ THIMOTHY WILLIAMSON, *ob. cit.*, p. 145, “the identity sign is flanked by terms for directions, whereas the right-hand side states a relation not equivalent to identity between lines which have those directions (distinct lines may be parallel)”.

¹³⁰ Isto não obstante Gottlob Frege também ter pensado neste critério para conceitos e não apenas para objectos, através do seu critério talhado para a numeração cardinal. Para um maior desenvolvimento, *vd* THIMOTHY WILLIAMSON, *ob. cit.*, p. 146, “An example is Frege’s criterion of identity for cardinal numbers; the number of things falling under the concept F is the number of things falling under the concept G if the latter can be put in one-one correspondence with the former:

$$\forall F \forall G (Nx:Fx = Nx:Gx \leftrightarrow \exists R (F \times 1 - 1R G \times))$$

(‘ F ’ and ‘ G ’ are restricted to concepts under which objects fall.)”

¹³¹ Assim, E.J. LOWE, “What is a Criterion of Identity”, p. 4.

ou “sets”), na sequência do *Axioma da Extensão* da *Teoria dos conjuntos* de Zermelo-Fraenkel, nos termos do qual:

$$\forall x \forall y (x = y \leftrightarrow \forall z (z \in x \leftrightarrow z \in y))$$

Traduzindo a fórmula, dir-se-á que, sendo x e y dois conjuntos, então x é idêntico a y se, e apenas se, x e y contiverem os mesmos membros. Neste caso, e ao contrário do critério “two-level”, o símbolo de equivalência (\leftrightarrow) é flanqueado no seu lado esquerdo pelos dois conjuntos (x e y) e no lado direito por uma relação equivalente à identidade entre os próprios conjuntos (e não algo diferente deles, como acontece no caso do critério “two-level” onde constava o elemento “direcção (de)”). O critério de identidade “one-level” contém nos seus termos o próprio objecto ao qual é relativo (conjuntos x e y), ao contrário do que sucede no critério de identidade “two-level”, em que se utilizam objectos (*rectas* x e y) para identificar outro objecto ou termo (*direcção*). Se se olhar para o concreto critério de identidade do exemplo de Gottlob Frege, confirma-se precisamente isto: o *paralelismo de rectas* (critério de identidade) identifica o termo “*direcção*”, enquanto agora o critério de identidade (*composição* de x e y pelos seus membros, que pode ser vista como uma característica essencial e necessária desses dois conjuntos) identifica os dois conjuntos. Aquilo que forma um critério de identidade “one-level” é precisamente algo que faz parte do objecto identificado, i.e., é algo que lhe é intrínseco, e não um elemento externo como seja a sua direcção ou a sua cor, sendo algo, sim, inerentemente dele, o que parece ir ao encontro da ideia importada anteriormente para o método desta investigação, segundo a qual a característica essencial e necessária procurada deve ser única e exclusivamente pertencente ao referente do conceito “consequência jurídico-penal”.¹³²

Imagine-se agora que se quer descobrir se x e y são F 's, ou seja, faça-se um exercício cuja finalidade é identificar F . De acordo com o critério de identificação “one-level”, dir-se-á:

¹³² Esta diferença entre as duas formas de critérios de identidade é exemplarmente descrita por E.J. Lowe: “The key formal differences between one-level and two-level identity criteria may be described as follows. One-level criteria explicitly quantify over objects of the sort for which they supply a criterion of identity, and state that criterion in terms of a biconditional, one side of which contains a simple expression of identity between such objects and the other side of which expresses an equivalence relation obtaining between those identified objects. By contrast, two-level criteria quantify over items of a different kind from that of the objects for which they supply a criterion of identity, and state that criterion in terms of a biconditional, one side of which contains an expression of identity between such objects in which they are referred to by means of functional terms relating them to items of the kind quantified over, and the other side of which expresses an equivalence relation obtaining between the items to which the identified objects are thus related” (E.J. LOWE, “Objects and Criteria of Identity”, p. 997).

Se x tem um Rxx , então x é F ;

Se y tem um Ryy , então y é F ;

Logo, $x = y$, porque Rxy .

Representado assim numa fórmula:

$$\forall x \forall y (x = y \leftrightarrow Rxy)$$

Sendo R a característica essencial e necessária para que algo seja F , então x e y são idênticos porque ambos têm em comum aquela característica (Rxx e Ryy , respectivamente) que faz deles F 's, o que quer dizer que para se ser F tem de se possuir R .¹³³

Da análise conjunta das duas formas do critério de identidade (“*one-level*” e “*two-level*”), é de salientar um fenómeno notado por E.J. Lowe, qual seja o de que, relativamente a entes abstractos, um critério “*two-level*” pode ser transformado num critério “*one-level*” (embora o contrário não seja possível)¹³⁴: por ex., afirmar que a direcção da recta a é idêntica à direcção da recta b , se, e apenas se, a recta a for paralela à recta b é dizer que as direcções são as mesmas se, e apenas se, as rectas à qual pertencem forem paralelas, que é a forma de um critério “*one-level*”.

§ 50. Existem, então, condições para aplicar cada uma das formas do critério de identidade ao conceito “consequência jurídico-criminal”.

Começando pela explanação de um exemplo de um critério de identidade na forma “*two-level*”, imagine-se este caso: x e y são ambas consequências jurídicas, N é a natureza penal, e P é a função punitiva que desempenham no ordenamento jurídico, assim representado numa fórmula:

$$(\forall x) (\forall y) (N(x) = N(y) \leftrightarrow Pxy)$$

¹³³ Neste sentido, veja-se relativamente ao conceito “*Identity*”, mais concretamente o ponto 4 “*Criteria of identity*”, o que se diz na *Stanford Encyclopedia of Philosophy* no formato digital, disponível em <https://plato.stanford.edu/entries/identity/> (último acesso em 1.04.2020): “*Together these are equivalent to the proposition that every F is the F “R-related” to it. By its form this states a merely necessary condition for being a thing of sort “F”. The one-level criterion of identity thus again merely specifies a necessary condition of being an object of sort “F”.*”

¹³⁴ E.J. LOWE, “*Objects and Criteria of Identity*”, p. 1000.

Traduzindo por palavras, o que isto diz é que a natureza penal da consequência jurídica x ($N(x)$) é idêntica à natureza penal da consequência jurídica y ($N(y)$) se, e apenas se, as consequências jurídicas x e y forem ambas punitivas (Pxy). O que aqui se verifica é o facto de o critério de identidade (*função punitiva*) do termo a identificar (*natureza penal*) se apresentar através de uma relação de equivalência estabelecida entre consequências jurídicas (x e y), que são conceitos distintos de “natureza penal”. Ou seja, para identificar a natureza penal de uma consequência jurídica recorre-se a elementos extrínsecos (*função punitiva das consequências jurídicas*) ao próprio conceito de natureza penal.

Nesta nossa hipótese utilizou-se o critério de identidade que é *função punitiva*, representado por P . Este elemento consubstanciaria, neste exemplo, a característica do referente do conceito a identificar, *sc.* a “natureza penal” das consequências jurídicas.

Ora, dada a presença de elementos abstractos e dada a possibilidade de transformação de critérios de identidade “*two-level*” para “*one-level*”, há condições de apresentar este raciocínio de acordo com esta última forma. Assim:

Se x tem um Pxx , então x é N ;

Se y tem um Pyy , então y é N ;

Logo, $x = y$, porque Pxy .

Representado assim numa fórmula:

$$\forall x \forall y (x = y \leftrightarrow Pxy)$$

Sendo P , ou seja, a *função punitiva*, a característica para que algo seja N , i.e., para que uma consequência jurídica tenha natureza penal, então x e y são consequências de natureza idêntica porque ambas têm em comum aquela característica (Pxx e Pyy , respectivamente) que faz delas N 's, o que quer dizer que para se ser N tem de se possuir P , i.e., para uma consequência jurídica ter natureza penal (N) tem de ter uma função punitiva (P). Apesar de naturalmente não espantar, é interessante notar que aquilo que acabou de fazer coincide com a teoria reducionista que foi importada para o método desta investigação.¹³⁵

O método pretenderá, então, edificar um critério de identificação da natureza jurídico-penal de uma consequência jurídica na forma de critério de identidade “*one-level*” por

¹³⁵ Neste sentido, THIMOTHY WILLIAMSON, *ob. cit.*, p. 150.

três principais ordens de razão: em primeiro lugar, porque só assim se cumpre com uma das etapas do método escolhido, *sc.* a procura de uma característica essencial e exclusiva do referente do conceito; em segundo lugar, porque estando em causa um conceito de natureza abstracta, é possível a sua apresentação sob a forma “*one-level*”; e, por fim, porque esta forma de critério de identidade não se apresenta inevitavelmente como um raciocínio circular¹³⁶, que é uma das necessárias condições de um critério de identidade.¹³⁷

Em síntese, por tudo isto devem-se actualizar os aspectos relativos ao método, embora não aqueles atinentes ao seu concreto conteúdo, mas, sim, a um dos seus objectivos, que é a criação de um critério de identidade da natureza penal (R) de uma consequência jurídica (*x* e *y*). Há agora condições de especificar aquele desígnio: a edificação de um critério robusto que se pretende *aproximado*¹³⁸ da forma de um critério de identidade “*one-level*”, representado pela fórmula:

$$\forall x \forall y (x = y \leftrightarrow Rxy)$$

§ 51. Foram explicados os concretos traços gerais do método analítico desta investigação, bem como a forma do critério de identidade, cuja criação é o objectivo imediato daquele método.

Ainda assim, por mera salvaguarda e para efeitos de sistematização do método, proceder-se-á à sua categorização de acordo com a taxonomia de Sally Haslanger¹³⁹ relativa aos vários projectos ou estratégias de análise conceptual.¹⁴⁰

Para formar a sua conclusão taxonómica, a Autora recorre a um prosaico exemplo da sua vida que é bastante elucidativo da ubiquidade da análise conceptual no nosso quotidiano: numa manhã de quarta-feira, a Autora apressava-se nas suas tarefas matinais com medo de que o seu filho Issac *chegasse atrasado* à escola até que este lhe diz para não se preocupar porque a professora, às quartas-feiras, só recebia o livro de ponto após a primeira hora e só marcava falta a quem chegasse depois desse acontecimento. Tudo isto fez com que

¹³⁶ Assim, E.J. LOWE, “Objects and Criteria of Identity”, p. 997.

¹³⁷ Neste sentido, THIMOTHY WILLIAMSON, *ob. cit.*, p. 145, “*We may say that a necessary and sufficient condition for identity is a criterion of identity just in case it meets the non-circularity constraint.*”

¹³⁸ *Ibidem*, p. 153, “*What recognition may require is that an approximate criterion of identity should be implicit in the subject’s practice, even if the subject cannot make it explicit. For the cues on which the recognition depends should be at least locally reliable conditions for identity. The theorist is then faced with the task of working the approximate criterion into an exact one.*”

¹³⁹ SALLY HASLANGER, “What are we talking about? The Semantics and Politics of Social Kinds”, in *Hypatia*, vol. 20, n.º 4, 2005, pp. 10 a 26.

¹⁴⁰ Assim também, NATALIE STOLJAR, “What do We Want Law to Be?”, in *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, editado por Wil Waluchow e Stefan Sciaraffa, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 233.

a Autora se apercebesse de que, *na prática*, “chegar atrasado” podia ter um significado diferente do da turma da sala ao lado.¹⁴¹

Estava assim lançado o dilema em torno do significado de “chegar atrasado”¹⁴²: devia considerar-se a definição real da direcção da escola (“*institutional meaning*”), segundo a qual chegava atrasado quem chegasse depois da hora, ou deveria seguir-se o significado que brotava da prática levada a cabo pela turma de Issac, segundo a qual chegar atrasado era chegar depois de a professora fazer a chamada com o livro de ponto já na sua mesa (“*local meanings*”)?

Daqui a Autora começa por formar uma primeira conclusão com reflexos na sua categorização: o “*institutional meaning*” consubstanciava um “*manifest concept*”, mais explícito, público e intuitivo, associando, por sua vez, ao “*local meaning*” o “*operative concept*”, mais implícito, escondido, embora fosse aquele que se mostrava aplicado na prática.¹⁴³

Vislumbra-se já o desenho do labor taxonómico da Autora. O “*manifest concept*”, assentando em métodos *a priori*, obtém-se de um exercício introspectivo onde navegam intuições relativas a casos e princípios, na esperança de que o conceito represente um equilíbrio reflectivo. Por isso mesmo, o conceito em causa será sempre o *nosso* (“*manifest*”) conceito. A Autora denomina este método de (*traditional*) *conceptual analysis*¹⁴⁴. É esta ideia, a de que o conceito “manifesta”, elucida e revela o que está implícito no seu uso no quotidiano, que parece fazer com que Nicos Stavropoulos afirme o seguinte sobre este tradicional método: “*conceptual analysis aims at recovering some, perhaps idealized, common understanding, in the sense that it articulates but can never transcend the understanding implicit in ordinary use and reflection.*”¹⁴⁵ Ou, recorrendo aos termos de Adèle Mercier, “*being-thought-by-ordinary-users-of-a-word-as-being-the-same-social-kind-as*” é uma propriedade do conceito obtido através deste método¹⁴⁶. É esta a primeira categoria da taxonomia de Haslanger. Seguindo-se este método, e pegando na expressão do exemplo da Autora (“chegar atrasado”), Isaac chegaria atrasado se chegasse depois da hora definida pelo regulamento da escola (“*institutional meaning*”).

A segunda categoria é a “*descriptive analysis*”, de onde resulta o “*operative concept*” cujo

¹⁴¹ SALLY HASLANGER, *ob. cit.*, p. 13.

¹⁴² A Autora, porém, possui análises de conceitos filosoficamente mais ricos como sejam aquelas que têm por objecto os conceitos de “género” e “raça”. Para tal, *vd.* SALLY HASLANGER, “Gender and Race: (What) Are They? (What) Do We Want Them To Be?”, in *Noûs*, vol. 34, n.º 1, 2000, pp. 31 a 55.

¹⁴³ SALLY HASLANGER, “What are we talking about?..”, p. 14.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 12 e 19.

¹⁴⁵ NICO STAVROPOULOS, “Hart’s Semantics”, in *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, editado por J. L. Coleman, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 71.

¹⁴⁶ ADÈLE MERCIER, “Meaning and Necessity: Can Semantics Stop Same-Sex Marriage?”, in *The Philosophy of Language*, vol. 8, Issue 1, artigo n.º 14, 2007, pp. 18 a 20.

significado é trazido das características possuídas pelos casos paradigmáticos abarcados pelo próprio conceito. Nas palavras de Sally Haslanger, “*On a descriptive approach, one is concerned with what kinds (if any) our epistemic vocabulary tracks. The task is to develop potentially more accurate concepts through careful consideration of the phenomena, usually relying on empirical or quasi-empirical methods. Scientific essentialists and naturalizers, more generally, start by identifying paradigm cases-these may function to fix the referent of the term-and then draw on empirical (or quasi-empirical) research to explicate the relevant kind to which the paradigms belong. Paradigms for knowledge could include my knowledge that there is a pencil on the desk in front of me, my daughter’s knowledge that $2 + 2 = 4$, the scientist’s knowledge that $E = mc^2$, a sampling of further cases of memory, testimony, and the like.*”¹⁴⁷

Os resultados deste método, ao contrário do anterior, de acordo com Natalie Stoljar, já podem transcender o significado que se tem em mente (“*manifest concept*”)¹⁴⁸. Uma das propriedades do “*descriptive concept*” não será então a “*being-thought-by-ordinary-users-of-a-word-as-being-the-same-social-kind-as*”, mas sim “*being-the-same-kind-as*”, ou seja, o conceito não é integrado por um uso convencional, sendo sim o resultado da natureza do fenómeno por si representado (“*kind*”).¹⁴⁹⁻¹⁵⁰

Nos termos deste método, Isaac chegaria atrasado se chegasse depois de a professora chamar pelo seu nome e de apontar a falta no livro de ponto (“*local meaning*”).

O “*operative concept*” (“*tardy*”) tem um significado diferente do “*manifest concept*”, com importantes repercussões práticas. Sendo ambos igualmente válidos, a opção por um deles terá de assentar em valores metateóricos, como sejam, por ex., a simplicidade, a elegância ou a coerência. Sem embargo, de todos estes haveria ainda que escolher um que presidisse à determinação do método a operar¹⁵¹. Este conflito entre estes dois métodos é um dos dois possíveis problemas que Natalie Stoljar aponta ao “*descriptive project*”. O segundo dos

¹⁴⁷ SALLY HASLANGER, “What are we talking about?...” , p. 12.

¹⁴⁸ NATALIE STOLJAR, *ob. cit.*, p. 236.

¹⁴⁹ Na literatura existe também uma taxonomia de referentes do conceito, vistos como *externalidades* do conceito: o “*natural kind*” associado a Hilary Putnam. Para tal, *vd.* HILARY PUTNAM, “Meaning and Reference”, in *The Journal of Philosophy*, vol. 70, n.º 19, Novembro de 1973, pp. 699 a 711; o “*social kind*” ou “*social externalism*” propagado por Tyler Burge. Para tal, *vd.* TYLER BURGE, “Individualism and the Mental”, in *Studies in Epistemology: Midwest Studies in Philosophy*, n.º 4, 1979, pp. 73 a 121; e, por fim, o “*objective kind*” ou, nas palavras de Sally Haslanger, “*objective type externalism*”. Para maiores desenvolvimentos, *vd.* SALLY HASLANGER, “What are we talking about?...” , p. 18.

¹⁵⁰ Assim exemplificado por Adèle Mercier: “*As with natural and other kinds, so it is with social kinds. Being-the-same-social-kind-as is a different property than being-thought-by-ordinary-users-of-a-word-as-being-the-same-social-kind-as. Being a lawyer is different from being thought to be a lawyer, eating brisket is different from thinking one is eating brisket. Ordinary speakers are competent with the word ‘lawyer’ because most of the people whom we think of as lawyers actually are. But none of what an ordinary speaker need know to use ‘lawyer’ competently determines the individuation conditions for being a lawyer; those are determined by Bar exams, as these are determined by those most informed about what one must know to be a lawyer*” (ADÈLE MERCIER, *ob. cit.*, p. 17).

¹⁵¹ NATALIE STOLJAR, *ob. cit.*, pp. 248 e 249.

problemas diz respeito à escolha dos casos paradigmáticos da “*descriptive analysis*”, que, por ser fruto predominantemente de raciocínios indutivos, pode gerar indeterminação, potenciando a probabilidade de uma falta de consenso relativa à base da teoria e, por conseguinte, relativa à sua própria conclusão final.

É por estes motivos que a Autora defende a utilização do terceiro método da taxonomia de Sally Haslanger: “*ameliorative analysis*” ou “*ameliorative project*”.¹⁵²

A “*ameliorative analysis*” tem como finalidade a obtenção do significado do “*target concept*”, cuja formação é feita em função das finalidades da utilização do próprio conceito. Para Sally Haslanger “*Ameliorative projects, in contrast, begin by asking: What is the point of having the concept in question - for example, why do we have a concept of knowledge or a concept of belief? What concept (if any) would do the work best? In the limit case, a theoretical concept is introduced by stipulating the meaning of a new term, and its content is determined entirely by the role it plays in the theory.*”¹⁵³ Resulta claro o *input* normativo que este método envolve¹⁵⁴, ao ponto de Frederick Schauer ter incluído esta ideia na denominação deste método, *sc.* “*prescriptive conceptual analysis*”¹⁵⁵. Nota-se, assim, como uma das tarefas desta análise não é a criação de um significado de um conceito, mas a criação do próprio (novo) conceito, através de concepções normativas.¹⁵⁶

Regressando ao caso de Isaac, é interessante verificar como os moldes em que esta específica concepção foi edificada não permitem avançar com uma resposta, na medida em que é um exercício prospectivo assente em racionalidades teleológicas.¹⁵⁷

Este específico método, que parece surgir para colmatar as fraquezas das duas outras categorias, na verdade, elimina essa problemática de um modo *sui generis*. Os dois primeiros métodos, *sc.* “*traditional conceptual analysis*” e “*descriptive analysis*”, têm por objectivo formar uma resposta associada à pergunta “O que é *x*?”. Por sua vez, o “*ameliorative project*” vê-se ligado a uma distinta pergunta: “O que *deveria* ser *x*?”. Parece isto indicar que este último método não presta qualquer auxílio na resolução daquela problemática. Ela é eliminada porque, pura e simplesmente, se altera a pergunta, que era precisamente a fonte dessa problemática. Ora, tendo em conta que a análise conceptual parece estar inevitavelmente amarrada à pergunta

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ SALLY HASLANGER, “What are we talking about?...” , p. 12.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 20.

¹⁵⁵ FREDERICK SCHAUER, “The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, n.º 3, 2005, p. 499.

¹⁵⁶ Assim, NATALIE STOIJAR, *ob. cit.*, pp. 239.

¹⁵⁷ Sobre a expressão “chegar atrasado” apurada de acordo com este método, veja-se o que Sally Haslanger afirma: “*Should we have the category of ‘tardy’ in our school district? If so, how should it be defined? One might be tempted to think that the situation in our local school is ripe for an ameliorative inquiry that would have us consider what the point is of a practice of marking students tardy, and what definition (and corresponding policy) would best achieve the legitimate purposes*” (SALLY HASLANGER, “What are we talking about?...” , p. 15).

“O que é x ?”, não se percebe como é que o método “*ameliorative*” pode pertencer à categoria da análise conceptual, como parece ser representado pela taxonomia de Sally Haslanger. Basta pensar que, naquela manhã, antes de ir levar o seu filho à escola, estar a criar um novo conceito de “*chegar atrasado*” não iria ajudar muito essa mãe que pretendia saber quanto tempo ainda tinha.

Reconhece-se a importância de uma racionalidade teleológica na tarefa de escolher o método de uma resposta, mas já não na tarefa de escolha do conteúdo (e não no método) da resposta, que parece que é aquilo que se pretende com o “*ameliorative project*”, cujo significado dos conceitos é escolhido em função da finalidade que se quiser. Pegando no exemplo de Scott Shapiro avançado anteriormente, segundo o qual a tarefa do teórico que aplica a análise conceptual é semelhante à de um detective que pretende descobrir quem foi o autor do homicídio, então, de acordo com o “*ameliorative project*”, o homicida não seria *descoberto*, mas sim *escolhido*, de acordo com as finalidades determinadas por esse detective. A falta de sentido que esta solução parece apresentar obriga à conclusão de que ou o exemplo de Scott Shapiro não é válido ou, então, de que o “*ameliorative project*” não parece ter condições para ser uma categoria da análise conceptual.

Contudo, a exposição da taxonomia de Sally Haslanger não serviu aqui como uma espécie de lista de opções de onde se escolheria o método desta investigação. Este já foi escolhido e predicado, pelo que aquilo que se acabou de defender em relação ao “*ameliorative project*” não serviu como fundamento daquela escolha. Serviu, sim, como mais um fundamento da conclusão que este método se identifica, na taxonomia de Haslanger, com a “*descriptive analysis*”, na medida em que o conceito de “consequência jurídico-criminal” (“*operative concept*”) será obtido das características essenciais e necessárias, únicas ou exclusivas, de referentes desse conceito, i.e., dos seus casos paradigmáticos, tal como foi desenhado pelo “*descriptive project*”.

§ 52. Estão reunidas as condições necessárias para elaborar uma síntese. Todavia, é importante mencionar antes algumas das estratégias que serão utilizadas na elaboração da resposta do estudo que pretendem minimizar as fragilidades do método e que são respeitantes à edificação dos seus truísmos, à escolha do referente paradigmático e à escolha das suas características essenciais e necessárias.

Importar-se-ão quatro estratégias de Scott Shapiro, designadas por si por

“*compensatory strategies*”¹⁵⁸, precisamente por terem as finalidades supramencionadas: *i*) comparação das consequências jurídico-criminais com outras consequências jurídicas, de forma a apreciar os elementos distintivos daquelas primeiras (“*comparative strategy*”¹⁵⁹); *ii*) resolução de problemas e possíveis paradoxos que possam brotar do conceito “consequência jurídico-criminal”, com vista a excluir alguns referentes daquele conceito (“*puzzle-solving strategy*”¹⁶⁰); *iii*) edificação de cenários hipotéticos, com o intuito de mais bem ser compreendido o contexto do conceito em análise (“*constructivist strategy*”¹⁶¹; e *iv*) examinação de aspectos históricos relacionados com a evolução do conceito e dos seus referentes (“*anecdotal strategy*”¹⁶²).¹⁶³

§ 53. É chegado o momento de fazer a síntese do método escolhido para responder às duas primeiras perguntas que a questão de estudo envolve, *sc.* “O que é uma consequência jurídico-criminal?” e “Qual o critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica?”.

De acordo com escolhido método da análise conceptual, identificar uma consequência jurídica será, pois, identificar a sua natureza jurídica. Assim sendo, em primeiro lugar, através de um raciocínio indutivo, eleger-se-á um ou mais referentes do conceito “consequência jurídico-criminal”. Com vista a compensar a dificuldade e o risco desta tarefa, ao longo de toda a aplicação do método serão empregadas, entre outras, quatro estratégias de Scott Shapiro: “*Comparative*”, “*Puzzle-Solving*”, “*Constructivist*” e “*Anecdotal*”.

Num segundo momento, obtido(s) o(s) referente(s), proceder-se-á à determinação das suas características *essenciais* (de acordo com a noção *contrafactual*), *necessárias*, *únicas* ou *exclusivas*. Estas formarão a essência do *critério de identidade* que será o instrumento utilizado para identificar a natureza penal de consequências jurídicas.

Este critério será apresentado sob a forma “*one-level*”, representado pela seguinte fórmula: $\forall x \forall y (x = y \leftrightarrow Rxy)$

A variável Rxy será formada pelas propriedades supramencionadas e apresenta-se

¹⁵⁸ SCOTT J. SHAPIRO, *ob. cit.*, p. 19.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 19 e 20.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 20.

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 20 e 21.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 21 e 22.

¹⁶³ A importância destas quatro estratégias é assim destacada por Scott Shapiro: “*These four strategies— the Comparative, Puzzle-Solving, Constructivist, and Anecdotal— are indispensable tools for engaging in conceptual analysis. They exercise the imagination and thereby promote the discovery of truths that are elusive precisely because they are so plainly true. They also suggest new approaches and models for explaining such truisms, thus enabling philosophers to gain purchase on the identity of the law and its necessary implications*” (*Ibidem*, p. 22).

como o critério que identificará a natureza (jurídica) das variáveis x e y . A resposta às duas primeiras perguntas que formam a pergunta de estudo dar-se-á no momento em que se descobrir o que é representado por R_{xy} .

De todos os truísmos sobre os quais flutuará este método, avança-se, desde já, com um que é suficiente para cristalizar as consequências jurídicas representadas pelas variáveis x e y : no ordenamento jurídico português, as penas previstas no CP (pena de prisão, pena de multa e pena de dissolução de pessoa colectiva) e as medidas de segurança previstas no CP têm natureza penal. Neste sentido, à variável x corresponde a consequência jurídico-penal “pena” e à variável y a consequência jurídico-penal “medida de segurança”.

Assim sendo, a consequência penal “pena” (x) é idêntica à consequência penal “medida de segurança” (y) se, e apenas se, ambas possuírem a(s) característica(s) que conformam R , ou seja, se, e apenas se, se verificar cumprida a variável R_{xy} . É esta, portanto, a única variável da fórmula ainda por descobrir.

O predito constitui a primeira aparição da resposta à pergunta de estudo, pelo que, a partir deste momento a resposta já é susceptível de ser alvo de crítica (e não o método, que já há muito que está exposto a ela).

As penas (designadas pela variável p) e as medidas de segurança (designadas pela variável ms) do CP serão, por tudo isto, os casos paradigmáticos ou referentes do conceito “consequência jurídico-penal” que flanquearão do lado esquerdo o símbolo de equivalência (\leftrightarrow) da fórmula do critério. Do seu lado direito estará, por sua vez, o concreto critério de identidade (R_{xy}) que será formado por pelo menos uma característica essencial e necessária (única ou exclusiva) que seja comum às penas e medidas de segurança.

Assim sendo, substituindo as variáveis x e y pelas consequências jurídicas do CP “pena” (p) e “medida de segurança” (ms), a fórmula que representa o presente *status* desta investigação é a seguinte:

$$\forall p \forall ms (p = ms \leftrightarrow R_{pms})$$

Em suma, através de um método que se identifica com o “*descriptive project*” da taxonomia de Sally Haslanger, reduzir-se-á o “*operative concept*” (consequência jurídico-penal) a pelo menos uma característica essencial e necessária (única ou exclusiva) (R_{pms}) que, sendo comum aos seus referentes paradigmáticos, *sic* penas e medidas de segurança do nosso CP, conformará o critério de apuramento da natureza penal de uma consequência jurídica (R_{pms}).

§ 54. Este método não resume todo o método da investigação, que se mostra mais amplo. Na verdade, esta conclusão não é novidade, na medida em que a pergunta de estudo foi decomposta em três perguntas, tendo sido somente avançado um método susceptível de responder às duas primeiras questões, ficando de fora a última, *sc.* “Como se aplica o critério?”.

O método para obter a resposta a esta última pergunta será o método empírico. Será da observação do próprio caminho percorrido na criação do critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica que será edificada a teoria relativa à sua aplicação. Neste sentido, esta última terá uma natureza essencialmente descritiva. Num exercício retrospectivo, será decalcada então a tramitação da teoria relativa à criação do critério para a teoria relativa à sua aplicação. Note-se bem que aquilo que se importará é apenas o conteúdo de uma teoria para a outra e não o método, mantendo-se esse distinto. Para a teoria relativa à criação foi escolhido o método da análise conceptual (“*descriptive project*”), talhado para “*identity questions*” (“O que é *x*?”), e para a teoria relativa à aplicação do critério optou-se pelo o método empírico, cuja finalidade é precisamente a construção de um método, já que perguntar pelo modo como se aplica o critério (“Como se aplica o critério?”) é perguntar pelo seu método de aplicação (“Qual o método de aplicação do critério?”). No fundo, primeiramente serão observados os passos dados na criação do critério e, num segundo momento, serão descritos, na esperança de, no final, estarem reunidas condições para expor a teoria relativa à aplicação do critério de uma forma simples e objectiva, numa espécie de livro de instruções que acompanhará o critério.

§ 55. Todavia, esta investigação não se reduzirá à edificação daquelas três respostas.

A convicção de que o problema a enfrentar não se afigura simples, aliada à ideia de que a vivência empírica nos faz estar mais bem preparados para a resolução de problemas, fez com que o início das concretas respostas não coincida com o início da investigação. Consistirá ele num estudo de várias respostas à pergunta: “O confisco das vantagens, clássico e alargado, tem natureza penal?”. É certo que algumas das respostas nacionais a esta pergunta já foram conhecidas. Porém, foram elas utilizadas apenas para a formação da pergunta de estudo. É certo que se poderia alterar essa finalidade e revê-las com o mero intuito de se aprender mais, de forma a enfrentar as perguntas da investigação. Sem embargo é mais frutífera uma alteração desse objecto de análise.

Em primeiro lugar, porque em termos absolutos, a mera alteração torna o estudo

mais completo, dada a inclusão de um maior número de respostas. As restantes razões já dizem respeito à específica alteração a desencadear. Tendo em conta o específico intuito em causa, é importante que as respostas pertençam todas a um único ente, de forma a compreender não só o pensamento que lhes subjaz como também a evolução desses raciocínios. É também benéfico definir como critério de escolha o argumento de quantidade para se dispor de um maior número de respostas do que o da doutrina nacional. Interessa, assim, alargar o âmbito da análise dessas respostas. Neste sentido, não precisam elas de estar cingidas unicamente ao confisco das vantagens, sendo de sobremaneira enriquecedor que elas possam dizer respeito a outras modalidades de confisco. Deste modo, deve ser aumentada a variedade de respostas, tornando assim a investigação mais completa. A juntar ao alargamento do âmbito a outras modalidades de confisco, outra forma susceptível de aumentar a variedade das respostas é a de passar a incluir aqui outros regimes jurídicos de outros países. A compatibilização do cumprimento deste critério de escolha com o cumprimento daquela referente ao desejo de possuir um único autor das respostas reduz drasticamente o universo das possíveis escolhas. Se a tudo isto se acrescentar ainda a pretensão de que esse ente deve consubstanciar um verdadeiro argumento de autoridade, então chega-se à constatação de que a solução não deve ser encontrada no seio do direito português.

A escolha recaiu sobre a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante TEDH) relativa ao confisco de bens. O fundamento desta opção consiste no preenchimento integral dos critérios de escolha supramencionados. É certo que, por ex., a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE) também seria susceptível de cumprir com essas exigências. Contudo, o mero facto de as decisões do TEDH produzirem efeitos sobre países que não são Estados-membros da UE já poderia ser visto como uma justificação suficiente para optar por este órgão, na medida em que o critério quantitativo de escolha avançado estaria mais bem concretizado do que se se optasse pelo TJUE. Não é este, sem embargo, o argumento utilizado na escolha entre estes dois órgãos. O motivo que se mostrou fulcral na opção pela jurisprudência do TEDH reduz-se ao facto de este órgão possuir uma longa tradição no apuramento da natureza penal de consequências jurídicas, ao ponto de, como se verá, se ter formado jurisprudência relativa aos próprios critérios de identificação da natureza penal de consequências jurídicas.

É importante fazer uma ressalva, que se quer vista como uma verdadeira salvaguarda desta opção. É bem sabido já que a resposta à pergunta de estudo tem como âmbito e referente o ordenamento jurídico português e que o TEDH prolata decisões relativas a uma

(des)conformidade com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante CEDH), o que deixa logo a entender que os pressupostos das suas respostas acerca da natureza jurídico penal serão distintos: as respostas nacionais confrontarão consequências jurídicas com o ordenamento jurídico-penal português e as respostas do TEDH consequências jurídicas nacionais com o conceito de “matéria penal” da CEDH. De facto, a dissemelhança entre os termos das respostas é evidente ao ponto de, sem mais, parecer não ter sentido passar à observação das respostas do TEDH nesta investigação.

Sem embargo, não é esse o entendimento aqui seguido, já que aquilo que há de comum entre as respostas das diferentes entidades é essencial para estes fins: os critérios de identidade. Em ambos os casos são necessários critérios de identificação da natureza jurídico-penal de consequências jurídicas cuja criação vive desligada do referente sobre o qual operam. Ou seja, a CEDH não tem qualquer influência na escolha dos *critérios dos critérios* (terceira camada), tal como o ordenamento jurídico-penal português não terá na escolha dos *critérios dos critérios* (terceira camada) das consequências deste ordenamento. Assim sendo, desta perspectiva, muito mais é aquilo que une as respostas do que aquilo que as separa. Nesta jurisprudência do Tribunal também se estará perante uma “*identity question*” e perante “*criteria of identity*”, o que faz com que este motivo, a juntar a todos os outros que foram apresentados sob a forma de critérios de escolha (preenchidos), seja determinante na decisão de levar a cabo uma observação dessa jurisprudência. Por tudo isto, das respostas do TEDH, acima de tudo, será filtrada a parte relativa à escolha e aplicação dos critérios de apuramento, deixando de fora deste plano ou, quando muito, deixando num plano bem mais distante, os restantes elementos dessas decisões judiciais.

Na esperança de se ter conseguido justificar a inserção nesta investigação da observação dos critérios aplicados pelo TEDH, há ainda, em jeito de nota final relativa a este ponto metodológico, de se concretizar um importante aspecto relativo à função desta análise.

Um pouco no seguimento da menoridade kantiana relativa ao esclarecimento humano, não se vê razão para não apreciar criticamente cada um dos critérios aplicados pelo TEDH com o intuito de se perceber se algum deles é susceptível de ser importado para a resposta deste estudo. É, por isso, sensato averiguar se existe nessa jurisprudência algum critério que seja apto a ser aplicado em Portugal, porque, caso exista, desnecessária será a criação de raiz de um critério para este sistema. No seio deste comodismo, se assim for, a resposta consistirá na selecção de um desses critérios e na defesa da sua aplicação no nosso país. Se, pelo contrário, nenhum deles satisfizer estas exigências, então haverá de se despir as vestes de seleccionador e partir para a criação de um outro critério.

Assim sendo, há um aspecto metodológico que resulta da atribuição desta função a esta análise, qual seja o de que a resposta à pergunta de estudo terá o seu início no momento em que começar a crítica dos vários critérios utilizados pelo TEDH. Enquanto a mera descrição dos critérios terá a função de mera capacitação para se partir para a resposta, não fazendo, por isso, parte desta, a sua apreciação valorativa, que a verá como uma fonte de hipóteses, já fará com que ela se tenha de considerar parte integrante da resposta. Dito de outro modo, a descrição da escolha e aplicação dos critérios pelo TEDH será parte da investigação e a análise crítica dessa escolha e aplicação será já parte da tese desta investigação.

§ 56. Fecha-se esta Parte I com uma espécie de defesa perante as vozes críticas que se possam levantar propagando a falta de relevância deste estudo.

Parte-se do pressuposto de que tais acusações se podem sustentar na ideia de que falta significância prática a esta investigação, ou seja, de que conhecer a natureza das consequências jurídicas parece não ter um efeito discernível na vertente jurídico-prática.

Num primeiro momento, veja-se uma argumentação atinente à importância da taxonomia no mundo jurídico. Para tal, avançam-se seis razões de Ewan McKendrick¹⁶⁴: i) é uma parte vital para assegurar que casos materialmente idênticos são tratados de igual forma, o que consubstancia, sem admiração, um dos aspectos fundamentais de um sistema judicial de um estado de direito democrático. O Autor defende, e bem, que um sistema formado por um conjunto desgarrado de casos concretos dificulta precisamente o cumprimento do princípio da igualdade, pelo que, por ex., a não percepção da existência de íntimas relações de identidade entre temas pode levar a que eles sejam alvo de um tratamento em separado, assim se aguçando a indesejada dificuldade¹⁶⁵; ii) em segundo lugar, a taxonomia é importante porque permite expor anomalias e inconsistências de um dado conjunto de regras¹⁶⁶. Como afirmou Peter Birks “*neglect of taxonomy leads to errors and confusion*”¹⁶⁷; iii) depois, porque a taxonomia é apta a manter um sistema jurídico na direcção certa, que parece apresentar-se como uma razão mais genérica, e que se justifica com as restantes, como as anteriores já

¹⁶⁴ EWAN MCKENDRICK, “Taxonomy: does it matter?”, in *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, eds. David Johnston e Reinhard Zimmermann, Cambridge University Press, Cambridge 2004, pp. 632 e ss.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 632.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 635.

¹⁶⁷ PETER BIRKS, “Equity in the Modern Law: An Exercise in Taxonomy”, in *Western Australia Law Review*, n.º 1, vol. 26, 1996, p. 4.

perscrutadas¹⁶⁸; iv) a taxonomia contribui para a edificação de um tecido normativo menos nebuloso e, por isso, mais claro e, no seguimento, mais acessível¹⁶⁹; v) esta última razão tem naturais repercussões na celeridade das operações jurídicas, com tudo o que daí brota¹⁷⁰; vi) por fim, deixa o Autor uma razão que, como é reconhecida pelo próprio, goza de fraco poder argumentativo, e que é a de que a taxonomia inculca elegância ao direito¹⁷¹. Apesar de, por si só, este argumento de pouco servir, quando aliado aos restantes, acaba por se afirmar como um *plus* que, como ensina a vivência empírica, chega a ser um atributo sobrevalorizado no nosso quotidiano. De que esta sexta razão é precisamente exemplo.

Mas a importância pode, e na verdade, até deve, ser pensada de um modo desligado do mundo jurídico, já que, como afirma o antropólogo Claus Lévi-Strauss, “*Classifying, as opposed to not classifying, has a value of its own, whatever form of classification may take*”¹⁷². Na sequência, serão aqui proveitosas as palavras do paleontólogo e biólogo Geoger G. Simpson, nos termos das quais, “*Scientists do tolerate uncertainty and frustration, because they must. The one thing they do not and must not tolerate is disorder. The whole aim of theoretical science is to carry to the highest possible and conscious degree the perceptual education of chaos that began in so lowly and (in all probability) unconscious a way with an origin of life. In specific instances it can well be questioned whether the order so achieved is an objective characteristic of the phenomena or is an artifact constructed by the scientist. That question comes up time after time in animal taxonomy... Nevertheless, the most basic postulate of science is that nature itself is orderly... All theoretical science is ordering and if systematics is equated with ordering, then systematics is synonymous with theoretical science.*”¹⁷³⁻¹⁷⁴

¹⁶⁸ EWAN MCKENDRICK, *ob. cit.*, p. 636.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 637.

¹⁷⁰ Como em nota anterior.

¹⁷¹ *Ibidem*, pp. 637 e 638.

¹⁷² CLAUDE LÉVI-STRAUSS, *The Savage Mind*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1962, p. 9.

¹⁷³ GEORGE GAYLORD SIMPSON, *Principles of Animal Taxonomy*, Columbia University Press, Nova Iorque, 1961, p. 5. Complete-se ainda esta ideia com CLAUDE LÉVI-STRAUSS, *ob. cit.*, p. 10, “*The thought we call primitivæ is founded on this demand for order. This is equally true for all thought but it is through the properties in common to all thought that we can most easily begin to understand forms of thought which seem very strange to us.*”

¹⁷⁴ Saídos desta ideia relativa à importância da taxonomia na ciência, por razões de salvaguarda, e com o objetivo de defender a importância deste estudo, transcrevam-se ainda as palavras de Scott Shapiro, porque estes são aqueles momentos em que, de facto, parece ganhar-se mais com a utilização de argumentos de terceiros, assim tentando minorar a fragilidade inerente ao inevitável papel de juizes em causa própria. Assim, *mutatis mutandis*, veja-se: “*...the answer to what the law is in any particular case depends crucially on the answer to what law is in general. In a nutshell, my reasoning here is as follows: In order to prove conclusively that the law is thus - and - so in a particular jurisdiction, it is not enough to know who has authority within the jurisdiction, which texts they have approved, and how to interpret them. One must also know a general philosophical truth, namely, how legal authority and proper interpretive methodology are established in general. In other words, one must know which facts ultimately determine the existence and content of legal systems. For without this information it is not possible to show definitively that a given person has legal authority in a particular jurisdiction and how their texts ought to be interpreted. In short, if one wants to demonstrate conclusively that the law is thus - and - so in any particular case, one must know certain philosophical truths about the nature of law in general - precisely the information that analytic jurisprudence seeks to provide. (...) I want to say something more about why our ability to answer the legal question*

Se as críticas assentarem na falta de relevância prática da questão, alerta-se para o facto de que a jurisprudência do TEDH que será analisada é a prova precisamente do contrário, i.e., de que o apuramento da natureza penal de consequências jurídicas tem relevância prática. E não é isto um mero *argumentum ad populum*, segundo o qual é válida a argumentação porque há mais gente que a utiliza, cumpre ou segue. Onde se quer chegar é à ideia de que, para decidir qual o direito que deve ser aplicado ao caso concreto, o TEDH se lança no apuramento da natureza das consequências jurídicas, assim se demonstrando, pelo menos, que esta questão também é tratada fora das portas das universidades. Não serve isto para defender que esta temática deveria ser tratada nos tribunais, mas sim para sustentar a ideia de que é o seu estudo reiterado que a torna relevante, já que foi a possível falta de relevância prática que foi conjecturada como base das possíveis vozes críticas que se poderão vir a escutar. Por outras palavras, a prática jurisprudencial mostra que existe relevância prática da temática desta investigação.

Por fim, alerta-se ainda que identificar ou apurar a natureza de uma consequência jurídica, apesar de auxiliar na determinação do direito aplicável a um caso concreto, não é só por si suficiente para se saber qual é ou deve ser o direito do caso. Assim, a conclusão de que uma consequência jurídica tem natureza penal não quererá significar necessariamente que ela se rege por todas as regras penais, tal como a conclusão contrária não será sinónima de que o direito penal não se lhe aplica. O regime jurídico de uma consequência jurídica deve ser determinado em função da consequência jurídica, vista como um todo complexo e não somente em função da sua natureza. Basta para tal que se recorde do direito das contra-ordenações e do direito penal *stricto sensu* que partilham de alguns princípios porque ambos apresentam uma natureza punitiva, não obstante serem ramos do direito distintos.¹⁷⁵

A identificação da natureza de uma consequência jurídica é apenas parte da solução de um caso concreto, e nada mais nem nada menos do que isso.

Não é a meta, embora seja parte da rota de quem quer conhecer a consequência jurídico-penal e o direito que dela e da sua aplicação faz parte. É método.

“What is the law?” depends on our ability to answer the philosophical question “What is law?”” (SCOTT J. SHAPIRO, *ob cit.*, p. 25).

¹⁷⁵ Neste sentido, vejam-se de novo as palavras já transcritas *supra* (§ 29) do Acórdão do TC n.º 498/2019, de 26 de Setembro: “*A óbvia e inevitável consequência de o instituto português do confisco alargado não constituir uma reação contra a prática de um crime, nem uma reação sancionatória tout court, é a de não se lhe aplicarem as garantias constitucionais de estrita incidência em âmbitos normativos sancionatórios, como o princípio da presunção de inocência e as suas várias manifestações.*”

página intencionalmente deixada em branco

PARTE II

A CRIAÇÃO DE UM MÉTODO

Capítulo III

O Método do TEDH

1. Os critérios *Engel* na jurisprudência do TEDH

§ 57. No presente capítulo o que se pretende é conhecer a jurisprudência do TEDH, de forma a tentar compreender a temática relativa aos métodos de identificação da natureza penal de consequências jurídicas. Para além disso, como se disse anteriormente, importa saber se existe algum critério que seja válido e susceptível de ser importado para o panorama português. Para tal, as hipóteses a observar e experimentar serão os critérios *Engel*. No final, se algum deles, ou até todos eles, se mostrarem validamente aptos a identificar a natureza penal de uma consequência jurídica, irá defender-se a sua aplicação por parte do TEDH e, natural e inclusivamente, no ordenamento jurídico português. Senão, verificar-se-á uma situação de necessidade de criação de outro critério.

O objectivo referido no parágrafo anterior, por dizer respeito à validade de critérios, implica a existência de uma teoria que sirva de referente àquela característica.

Neste sentido, o presente capítulo servirá para dar a conhecer a técnica *Engel* e também para se iniciar a exposição da teoria relativa à *criação e aplicação* de um critério.

§ 58. O art. 6.º, n.º 1, da CEDH diz explicitamente que qualquer pessoa tem o direito a um processo equitativo na determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil e quando em causa estiver uma acusação em matéria penal. O campo de aplicação desta norma está claramente identificado: processos cíveis, administrativos e criminais. Contudo, nela não se concretiza o que é uma “acusação em matéria penal” nem o que são “direitos e obrigações de carácter civil”, ou até o que se entende por “determinação”¹⁷⁶. O mesmo sucede, por ex.,

¹⁷⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre o âmbito de aplicação do arts. 6.º da CEDH, *vd.* D. HARRIS et al., *Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 204 a 210; C. OVEY e R. WHITE, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, 4.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 158 a 163; P. LEANZA e O. PRIDAL, *The Right to a Fair Trial – Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Wolters Kluwer, Alphen aan den rijn, 2014, pp. 14 e ss; PIETER VAN DIJK, FRIED VON HOOFF, ARJEN VAN RIJN, LEO ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4.ª ed., Intersentia, Antuérpia, 2006, pp. 514 e ss.

com os requisitos “condenação” e “infracção” do art. 7.º da TEDH. Cabe ao TEDH dar sentido a estes termos e determinar o âmbito de aplicação destas disposições.

§ 59. Sabendo das consequências que a identificação da natureza de uma consequência jurídica pode implicar, bem como da tentação de alguns Estados em manipular as suas definições domésticas (potenciando assim uma intervenção penal com uma máscara de direito que não o penal), o TEDH, para combater este problema, estabeleceu noções autónomas de “*criminal charge*” (art. 6.º, n.º 2, da CEDH) e “*criminal offence*” (art. 7.º da CEDH)¹⁷⁷. São noções independentes das classificações dos Estados que determinam aquilo que se deve considerar como *matéria penal*, de acordo com uma concepção substantiva e não formal¹⁷⁸, nos termos e para os efeitos do previsto nos arts. 6.º (direito a um processo equitativo) e 7.º (princípio da legalidade) da CEDH e art. 4.º do Protocolo n.º 7 da CEDH (direito a não ser julgado ou punido mais do que uma vez).¹⁷⁹⁻¹⁸⁰

¹⁷⁷ Assim, PEDRO CAEIRO, “The influence of the EU on the “blurring” between administrative and criminal law”, in Francesca Galli / Anne Weyembergh (eds.), *Do labels still matter?*, Ed. ULB, Bruxelas, 2014, p. 175. Cfr. Acórdão TEDH *Adolf v. Austria*, Proc. n.º 8269/78, de 26.03.1982, § 30, “These expressions are to be interpreted as having an “autonomous” meaning in the context of the Convention and not on the basis of their meaning in domestic law.” Neste sentido, cfr. ainda Acórdão TEDH *Deneer v. Belgium*, Proc. n.º 6903/75, de 27.02.1980, § 42, Acórdão TEDH *König v. Germany*, Proc. n.º 6232/73, de 28.06.1978, § 89, Acórdão TEDH *Delcourt v. Belgium*, Proc. n.º 2689/65, de 17.01.1970, § 25.

¹⁷⁸ *Vd.* Acórdão TEDH *Deneer v. Belgium*, § 44, “However, the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial (...) prompts the Court to prefer a “substantive”, rather than a “formal”, conception of the “charge” contemplated by Article 6 par. 1 (art. 6-1). The Court is compelled to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question.”

¹⁷⁹ Como diz Nuno Brandão, “uma eventual qualificação de um certo tipo punitivo como matéria penal releu fundamentalmente para efeitos processuais. É certo que, devendo a CEDH ser tomada em consideração como um todo sistematicamente coerente, o conceito de matéria penal não poderá deixar de assumir uma feição unitária e por isso, quando afirmado nos termos do art. 6.º, revelará ainda em sede substantiva, mais precisamente para efeitos do princípio da legalidade plasmado no art. 7.º da CEDH”. Para tal, *vd.* NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-ordenações: Da Cisão à Convergência Material*, Coimbra Editora, Coimbra 2016, p. 237.

¹⁸⁰ Sobre a identidade do conceito de “*criminal charge*” no art. 6.º da CEDH e no art. 4.º do Protocolo n.º 7 da CEDH, apreendida através da aplicação unitária dos critérios *Engel*, *vd.* Acórdão TEDH *Zolotukhin v. Russia*, Proc. n.º 14939/03, de 10.02.2009, Acórdão TEDH *Luksemb v. Austria*, Proc. n.º 37075, de 21.11.2000, Acórdão TEDH *Storbråen v. Norway*, Proc. n.º 12277/04, de 1.02.2007, Acórdão TEDH *Haarvig v. Norway*, Proc. n.º 11187/05, de 17.06.2008. Para uma reflexão crítica sobre esta identidade, propugnando pela aplicação de diferentes critérios àquele conceito nos artigos supramencionados, *vd.* CHRISTOFFER WONG, “Criminal sanctions and administrative penalties: the *quid* of the *ne bis in idem* principle and some original sins”, in Francesca Galli / Anne Weyembergh (eds.), *Do labels still matter?*, Ed. ULB, Bruxelas, 2014, p. 231, “This [aplicação de diferentes critérios], in my view, is not an unreasonable position. After all, the rationale for the right to a fair trial (which is equally applicable to civil proceedings) is quite different from that for the rights stemming from the principle of *ne bis in idem* (which is applicable only to criminal proceedings or their equivalence).” Neste sentido também JOHN VERVAELE, “Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais”, in *Revue de Science Criminelle*, n.º 1, 1998, pg. 49, “Bien que les critères de la définition du concept de sanction dans l'article 7 de la Cour européenne des droits de l'homme ne doivent pas être similaires à ceux de la définition du concept d'accusation en matière pénale dans l'article 6 de la Cour européenne des droits de l'homme, il paraît cependant évident de tendre dans ce cadre à l'unité.” Em sentido oposto a ambos os autores, *vd.* GUY STESENS, *ob. cit.*, pg. 65, “Although it does not follow directly from the European Convention on Human Rights that the criteria for defining a penalty under Article 7 coincide with the definition of a criminal charge under Article 6, there are no valid reasons for distinguishing between the two.” *Vd.* ainda D. HARRIS et al., *ob. cit.*, pg.

Desde o Acórdão *Engel and Others vs. The Netherlands*¹⁸¹, de 1976, que o TEDH desenvolveu vários critérios para verificar se certa medida tem natureza criminal, independentemente da sua formal classificação a nível nacional.

Segundo o Tribunal, os critérios são três: 1) a *qualificação ou classificação no direito nacional*; 2) a *natureza da infracção*; 3) a *natureza e severidade da sanção*.¹⁸²

1.1. O primeiro critério: a *qualificação ou classificação nacional*

§ 60. O primeiro critério consiste em verificar se a disposição legal é qualificada como penal pelo Estado, tendo em conta o seu direito positivo e as suas doutrina e jurisprudência¹⁸³. A qualificação nacional no sentido de que a consequência jurídica é penal preencherá automaticamente a noção de matéria penal da CEDH¹⁸⁴, enquanto uma resposta em sentido contrário manterá o enigma acerca da sua natureza, revelando-se este critério, por conseguinte, como um mero ponto de partida.¹⁸⁵

Como rapidamente se constata, este critério só tem razão de ser nos casos em que a avaliação da natureza é feita por um terceiro que não o próprio Estado.

1.2. O segundo critério: a *natureza da infracção*

§ 61. Não se verificando o preenchimento do primeiro critério (ou desinteressando o seu preenchimento), deve partir-se para o segundo, *sc.* a natureza da infracção.

333, "... offences that are classified as regulatory offences or otherwise non-criminal offences in national law but are "criminal" offences or the purposes of Article 6 may be regarded as "criminal" for the purposes of Article 7 too." Neste mesmo sentido, C. OVEY e R. WHITE, *ob. cit.*, pg. 193.

¹⁸¹ Acórdão TEDH *Engel and Others v. The Netherlands*, Procs. n.ºs 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, de 8.07.1976.

¹⁸² A Comissão propôs ainda um quarto critério, *sc.* as regras atinentes à prova. Contudo, acompanha-se aqui o entendimento de Pieter Van Dijk (PIETER VAN DIJK, *ob. cit.*, p. 543), segundo o qual não deveriam estas regras relativas à prova formar um quarto critério, já que elas mais não são do que uma consequência da determinação da natureza pelo próprio Estado em questão, e, neste sentido, subsume-se esta questão no primeiro critério *Engel*: "This does not, however, appear to be a correct independent criterion, since it forms a consequence of the choice made by the national legislature between criminal and disciplinary procedures, and moreover a consequence that, if applied as a criterion, would be detrimental to a legal protection of the person concerned."

¹⁸³ Acórdão TEDH *Gradinger v. Austria*, Proc. n.º 15963/90, de 23.10.1995, § 36, e Acórdão TEDH *Pulkr v. United Kingdom*, Proc. n.º 22399/93, de 10.06.1996, § 29.

¹⁸⁴ Assim, Acórdão TEDH *Pierre-Bloch v. France*, Proc. n.º 120/1996/732/938, de 21.10.1997, § 60; Acórdão TEDH *G.I.E.M. s.r.l. and Others v. Italy*, Procs n.ºs 1828/06, 34163/07, 19029/11, de 28.06.2018, § 220 e 221.

¹⁸⁵ Acórdão TEDH *Jussila v. Finlândia*, Proc. n.º 73053/01, de 23.11.2006, § 37.

No Acórdão *Engel*, o TEDH reconheceu-lhe grande importância, mas bastou-se com a sua mera enunciação, sem, todavia, o concretizar, dada a repentina conclusão de que, *in casu*, ele não se mostrava preenchido.¹⁸⁶

Essa corporização veio a dar-se no caso *Öztürk*¹⁸⁷ através da criação de três subcritérios, cujo preenchimento cumulativo de todos eles era visto como suficiente para que se concluísse estar perante uma norma sancionatória penal: *i) norma com carácter geral; ii) função punitiva da sanção; e iii) finalidade preventiva da sanção.*

Desde já, o que daqui sobressai é a ideia de que, para o TEDH, para se saber se uma infracção é penal é necessário olhar para a consequência jurídica que lhe está associada.

1.2.1. O primeiro subcritério: a *norma com carácter geral*

§ 62. O subcritério “carácter geral” assume, ao contrário dos restantes subcritérios, um carácter eminentemente objectivo que diz respeito ao âmbito de aplicação da norma. Nos seus termos, uma infracção não é criminal¹⁸⁸ se ela se dirigir (*a*) a um determinado grupo de pessoas (*b*) com deveres específicos (“*special status*”), e não a um âmbito irrestrito de indivíduos (“carácter geral”).

O elemento (*b*) “(determinado grupo de pessoas) com deveres específicos” subsume necessariamente o (*a*) “determinado grupo de pessoas”, dedução que se mostra evidente dada a directa inclusão de (*b*) em (*a*): se (*b*) então (*a*). Contudo, o inverso já não é verdade, dado que podemos formar grupos de pessoas sem que a variável que influencie esse agrupamento seja um “*special status*”¹⁸⁹ (*b*), mas sim uma outra qualquer (*e.g.*, género, idade, ter carta de condução, ser proprietário de um imóvel, etc.).

§ 63. Indo às origens do segundo critério (“natureza da infracção”), no caso *Engel*, na fundamentação atinente ao preenchimento do critério, verifica-se uma íntima relação entre ele e o direito disciplinar. Seguindo um raciocínio indutivo, este critério, à primeira vista,

¹⁸⁶ Acórdão TEDH *Engel and Others v. The Netherlands*, § 82. No nosso sentido, *vd.* LUCA MASERA, *La Nozione Costituzionale di Materia Penale*, G. Giappichelli Editore, Turim, 2018, p. 33, “*Definito di maggiore importanza rispetto al criterio formale, esso non viene in alcun modo descritto dalla Corte, che si limita cursoriamente ad affermare la possibilità per gli Stati di utilizzare sanzioni disciplinari piuttosto che penali per punire la violazione di norme regolanti il funzionamento delle forze armate.*”

¹⁸⁷ Acórdão TEDH *Öztürk v. Germany*, Proc. n.º 8544/79, de 21.02.1984.

¹⁸⁸ Ressalvados os casos em que o terceiro critério, a tratar *infra* nos §§ 72 e ss, não se mostra preenchido.

¹⁸⁹ Acórdão TEDH *Öztürk v. Germany*, § 53, “*it is a rule that is directed, not towards a given group possessing a special status – in the manner, for example, of disciplinary law –, but towards all citizens in their capacity as road-users.*”

parece ter sido talhado especificamente para proceder à distinção entre a infracção penal e a infracção disciplinar. Uma determinação de critérios cujo fundamento é um específico caso concreto parece exponenciar o risco de o critério não ser validamente apto a ser utilizado em todos os casos.

§ 64. Este risco concretizou-se em efectiva desadequação, dessintonia e incoerência na posterior jurisprudência do Tribunal. A começar pelo próprio *caso Öztürk*, onde a procura pela natureza de infracções rodoviárias através de um critério desenhado para infracções disciplinares¹⁹⁰ desembocou na decisão nos termos da qual uma infracção rodoviária tinha natureza criminal por não se dirigir a um específico grupo de pessoas, senão a todas: não verificação do elemento (a) e, por conseguinte, do elemento (b) – logo, preenchimento do primeiro subcritério do segundo critério (“carácter geral”).¹⁹¹ Sem embargo, no *caso Inocência*¹⁹² já se entendeu que uma norma que visava donos de imóveis não possuía carácter geral, porque estes formavam um grupo específico.

O que daqui se retira então é uma notória ausência de elementos para determinar o preenchimento deste subcritério sob análise, parecendo assumir assim a execução desta tarefa uma feição arbitrária.

Tendo em conta que este subcritério parece ter sido esculpido do direito disciplinar, para a análise do “dever específico” – elemento (b) – deveria então, pelo menos por coerência, continuar a seguir-se esse entendimento e a exigir a dependência desse preenchimento da verificação de uma relação de subordinação que é justamente uma característica da infracção do direito disciplinar.¹⁹³

¹⁹⁰ Veja-se a nota anterior e repare-se como não deixa de ser sintomática a escolha pelo TEDH do direito disciplinar para exemplificar um caso de verificação de um “*special status*”.

¹⁹¹ Assim também, embora não versando sobre infracções rodoviárias, cfr. Acórdão TEDH *Jussila v. Finlândia*, § 38, Acórdão TEDH *Bendenoun v. France*, Proc. n.º 12547/86, de 24.02.1994, § 47, Acórdão TEDH *Janosevic v. Sweden*, Proc. n.º 34619/97, de 23.07.2002, § 68, Acórdão TEDH *Weber v. Switzerland*, Proc. n.º 11034/84, de 2.05.1990, § 33.

¹⁹² Acórdão TEDH *Inocência v. Portugal*, Proc. n.º 43862/98, de 11.01.2001.

¹⁹³ Assim, NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, pp. 245 e 246, nota 817, “*Se a concretização de tal grupo a que o TEDH se refere não for conexiada com uma relação de subordinação que é característica do direito disciplinar, não vemos como possa este primeiro subcritério compatibilizar-se com a existência de crimes específicos próprios no estrito direito penal.*”

1.2.2. O segundo subcritério: a *função punitiva*

§ 65. Os restantes dois subcritérios do segundo critério agrupam-se numa só categoria, que o TEDH, no *caso Öztürk*, designou de “*purpose*” da aplicação da sanção¹⁹⁴. De novo de modo lacónico, bastou-se o Tribunal com a mera enunciação destes subcritérios, sem avançar com os fundamentos que estiveram por detrás da escolha, bem como com as bases da sua corporização.

O primeiro deles diz respeito à *função* que a consequência jurídica desempenha no ordenamento jurídico ao qual pertence. Para ser uma infracção de natureza penal, a sanção associada tem de ser punitiva¹⁹⁵, por ser esta uma característica das consequências jurídico-criminais. Assim, parece este subcritério estar talhado para separar do âmbito penal as consequências que não têm carácter punitivo, como sejam aquelas cuja função é reparatória/compensatória ou de prevenção de perigos.¹⁹⁶

§ 66. O resultado da subjectividade deste subcritério fica bem patente através da análise de dois casos que se debruçaram sobre sanções semelhantes e que conheceram desfechos diferentes no que tange à função de cada uma delas. No *caso Escoubet*, a sanção de inibição de condução por um determinado período de tempo foi considerada pelo TEDH como tendo uma função de prevenção de perigos e, portanto, não punitiva¹⁹⁷. Por sua vez, no *caso Malige*, entendeu-se que a sanção de perda de pontos na carta de condução por infracções rodoviárias que, em última instância, poderia desembocar na perda do direito a conduzir, tinha uma função punitiva e não de prevenção de perigos.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Acórdão TEDH *Öztürk v. Germany*, § 53, “*Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive...*”

¹⁹⁵ Não interessando para o prechimento deste subcritério a culpa do agente. Assim, Acórdão TEDH *E.L., R.L. and J.O.-L v. Switzerland*, Proc. n.º 75/1996/694/886, de 29.08.1997, § 42 e 46; Acórdão TEDH *Traktörer Aktiebolg v. Sweden*, Proc. n.º 10873/84, de 7.07.1989, § 46; Acórdão TEDH *G.I.E.M. s.r.l. and Others v. Italy*, § 222 a 226.

¹⁹⁶ Acórdão TEDH *E.L., R.L. and J.O.-L v. Switzerland*, § 42 e 46; Acórdão TEDH *Pierre-Bloch v. France*, § 58 e 59.

¹⁹⁷ Acórdão TEDH *Escoubet v. Belgium*, Proc. n.º 26780/95, de 28.10.1999, § 37, “*As regards the nature of the measure, the Court observes that section 55 of the consolidated Acts does not presuppose any investigation or finding of guilt and that its application is totally independent of any criminal proceedings which may subsequently be brought. The immediate withdrawal of a driving licence appears to be a preventive measure for the safety of road-users, designed to take a driver who is potentially dangerous to other road-users temporarily off the roads. It should be compared with the procedure of issuing a licence, which is undoubtedly an administrative procedure and is aimed at ensuring that a driver is fit and qualified to drive on the public highway. The immediate withdrawal of a driving licence is a precautionary measure; the fact that it is an emergency measure justifies its being applied immediately and there is nothing to indicate that its purpose is punitive.*”

¹⁹⁸ Acórdão TEDH *Malige v. France*, Proc. n.º 27812/95, de 25.09.1998, § 39, “*With regard to the severity of the measure, the Court notes that the deduction of points may in time entail invalidation of the licence. It is indisputable that the right to drive a motor vehicle is very useful in everyday life and for carrying on an occupation. The Court, like the Commission, accordingly infers that, although the deduction of points has a preventive character, it also has a punitive and deterrent character and is*

No *caso Welch* foi-se ainda mais longe e reconheceu-se que a mera prevenção de perigos ou a reparação são objectivos consistentes com a função punitiva, podendo ser vistos como elementos da própria noção de punição.¹⁹⁹

1.2.3. O terceiro subcritério: a *finalidade da sanção*

§ 67. A imposição de uma sanção punitiva pode ter várias finalidades, sendo que é aquela que é característica do nosso direito penal, *sc.* a finalidade de prevenção do crime, que deve, segundo o TEDH, servir para ajudar a verificar a natureza criminal de uma infracção. É esta a essência do terceiro subcritério do segundo critério: a finalidade de prevenção criminal da (aplicação da) sanção.

Estes dois subcritérios, ao contrário do seu precedente, assumem uma feição cerradamente subjectiva. Todavia, esta afirmação parte de uma premissa que merece uma ressalva.

§ 68. A determinação da finalidade da aplicação de uma sanção pode mostrar-se bastante simples se quem a aplica disser qual é que foi a finalidade da utilização. Isto porque a finalidade de uma acção, independentemente de ser vista como razoável ou de se concordar com ela, é fixada por quem pratica essa acção. O problema imerso naquela subjectividade coloca-se, então, quando nada é dito, não passando por isso uma formada conclusão de uma mera hipótese. Se um legislador nacional tivesse afirmado expressamente que a finalidade da aplicação de uma sanção era a de prevenir a prática de uma infracção, o TEDH não deveria ter de procurar por elementos que densificassem estes subcritérios, pelo simples motivo de que eles já lhe foram dados. Serve o predito para ambos os subcritérios, porque, como se verá mais detalhadamente²⁰⁰, o conceito “função” aqui em causa consagra em si o conceito de “fim” ou “finalidade”. Pelo contrário, *i.e.*, se o legislador nacional nada declarou, deverá o TEDH buscar pelos fins da aplicação da consequência jurídica em análise. Se uma sua conclusão não passa de uma hipótese relativa a intenções de um concreto Estado, quer isto

accordingly similar to a secondary penalty. The fact that Parliament intended to dissociate the sanction of deducting points from the other penalties imposed by the criminal courts cannot change the nature of the measure.”

¹⁹⁹ Acórdão TEDH *Welch v. The United Kingdom*, Proc. n.º 17440/90, de 9.02.1995, § 30.

²⁰⁰ Cfr. § 249.

demonstrar que este critério é pelo menos um critério que patenteia uma indesejável incerteza e insegurança.²⁰¹

§ 69. Por outras palavras, se a criação de um critério pode ter como finalidade a atribuição de objectividade a um raciocínio, a concepção de um critério de cariz subjectivo, assente em conceitos insustentavelmente indeterminados, tende a impedir a prossecução do resultado visado, assim nascendo a contradição. Se dúvidas houvesse sobre a subjectividade aqui envolvida, basta lembrar da perpétua, essencial e sempre actual questão que é determinar quais são (ou devem ser) as finalidades da aplicação de uma pena criminal.

Parece, então, que o TEDH, no *caso Öztürk*, mais não fez do que erigir dois subcritérios que, para se verem preenchidos, exigiam uma resposta elaborada em semelhantes termos aos daquela eterna questão das funções da pena e das finalidades da sua aplicação. É natural que nesse palco possam surgir as mais variadas respostas que a experiência nos tem acostumado, *e.g.*, função punitiva, de prevenção de perigos, compensatória/restitutória, finalidades retributivas ou preventivas. Assim, interessará para o TEDH determinar qual é a função e a finalidade de uma medida, na tarefa de preenchimento destes dois subcritérios, aparentemente condenados à incerteza e arbitrariedade.²⁰²

1.2.4. Outros subcritérios

§ 70. Existem agora mais elementos que permitem fazer crer na ideia aflorada há momentos segundo a qual o primeiro subcritério “carácter geral” parece encontrar a sua razão de ser na distinção entre normas disciplinares e criminais. As sanções do direito disciplinar preencheriam o segundo subcritério (punitivas), havendo a necessidade de criar, então, um outro (“carácter geral” - primeiro subcritério do segundo critério) que permitisse

²⁰¹ Cfr. PEDRO CAEIRO, “The influence of the EU...”, p. 185, “*Firstly, finding a punitive aim in the sanctions, as different from “mere” deterrence, can be a tricky task, because it cannot be done without a general definition of the purpose of (criminal) punishment, which in turn is not available – or, at least, does not seem to have spelt out by the ECtHR. A punitive aim cannot be equated exclusively to retribution (“zweckgelüste Majestäät”) or blunt repression (“just deserts”). To the view of some, punishment is deterrence. To others’, the functionalization of the sanctions to the protection of a certain social sub-system of high relevance, to which they are an integral part, would not be incompatible with criminal law, but would rather be a sign of the legitimacy of the use.*” No mesmo sentido, *vd.* MICHELE PANZAVOLTA, “Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation Without a Conviction?”, in Katalin Ligeti/Michele Simonato (eds.), *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Hart, Oxford, 2017, p. 41, “*Furthermore, the divide between prevention and repression is not at all clear, in the theory or in practice. All penalties have elements of prevention in themselves. Prevention can consist in measures de facto equivalent to penalties (...). In a large set of cases, it is difficult to clearly discern whether the goal of the legislature was more a preventative or a repressive one. And even if the intention of Parliament were clear, a measure that aims at prevention could always have elements of repression and vice versa.*”

²⁰² Assim, PEDRO CAEIRO, como na nota anterior.

proceder à distinção. Só que o facto de ter sido pensado com referência ao direito disciplinar fez com que as coimas do direito contraordenacional acabassem por poder cair na esfera criminal, precisamente a situação que se pretendeu evitar que acontecesse em relação às sanções patrimoniais do direito disciplinar.

Um critério deve ser erigido com base na essência da norma sancionatória penal, devendo assumir-se o resultado da aplicação do critério, num segundo momento, como indício da validade do próprio critério. I.e., em jeito de teste, se depois da aplicação de uns determinados critérios sobre normas (de natureza já unanimemente reconhecida) se chegar à conclusão de que muitas infracções típicas do direito disciplinar e do direito contraordenacional têm natureza criminal, talvez se esteja perante indícios de que a formulação dos critérios não se mostra adequada para atingir validamente a sua finalidade.

§ 71. Ao lado dos três supramencionados subcritérios deste segundo critério *Engel*, o TEDH erigiu ainda outros (sub)critérios que, por si sós, parece que ora se revelaram fundamentais no momento de qualificar uma consequência jurídica como penal, ora assumiram um papel aparentemente residual, adjuvante, já que, quando avançados pelo Tribunal, se limitaram a confirmar a definitiva conclusão que resultava da análise daqueles três subcritérios. Foram eles: *i*) o órgão decisório²⁰³, *ii*) a semelhança com leis penais de outros Estados²⁰⁴; *iii*) o tipo de processo judicial²⁰⁵; *iv*) a inscrição no registo criminal²⁰⁶; *v*) a terminologia utilizada²⁰⁷; e *vi*) a identificação do requisito “culpa”.²⁰⁸⁻²⁰⁹

Este acrescento de critérios à versão originária de *Engel* não foi acompanhado de regras que permitissem saber quantos destes critérios eram necessários estar preenchidos

²⁰³ Acórdão TEDH *Benham v. The United Kingdom*, Proc. n.º 19380/92, de 10.06.1996, § 56, “*the proceedings in question were brought by a public authority under statutory powers of enforcement*”; Acórdão TEDH *G.I.E.M. s.r.l. and Others v. Italy*, § 228 a 232.

²⁰⁴ Acórdão TEDH *Öztürk v. Germany*, § 53, “*In addition, misconduct of the kind committed by Mr. Öztürk continues to be classified as part of the criminal law in the vast majority of the Contracting States, as it was in the Federal Republic of Germany until the entry into force of the 1968/1975 legislation; in those other States, such misconduct, being regarded as illegal and reprehensible, is punishable by criminal penalties.*”

²⁰⁵ Acórdão TEDH *Ziliberberg v. Moldova*, Proc. n.º 61821/00, de 1.02.2005, § 34, “*Moreover, the CAO contains provisions relating to such matters as mitigating and aggravating circumstances, responsibility for attempt to commit an offence and legitimate defence (...) which are indicative of the criminal nature of the administrative offences.*”

²⁰⁶ Acórdão TEDH *Phillips v. The United Kingdom*, Proc. n.º 41087/98, de 5.07.2001, § 34, “*Although the Crown Court assumed that he had benefited from drug trafficking in the past, this was not, for example, reflected in his criminal record*”

²⁰⁷ Acórdão TEDH *Gradinger v. Austria*, § 34, “*This is moreover reflected in the terminology employed. Thus Austrian law refers to administrative offences (Vernaltungsstraftaten) and administrative criminal procedure (Vernaltungsstrafverfahren).*” Ver ainda Acórdão TEDH *Paraponiaris v. Greece*, Proc. n.º 42132/06, de 25.09.2008, § 30.

²⁰⁸ Acórdão TEDH *Janosevic v. Sweden*, § 68, “*It is true that the tax surcharges were imposed on the applicant on objective grounds without the need to establish any criminal intent or negligence on his part. However, the lack of subjective elements does not necessarily deprive an offence of its criminal character*”. Ver ainda Acórdão TEDH *Sud Fondi S.r.l. and Others v. Italy*, Proc. n.º 75909, de 20.01.2009, § 112.

²⁰⁹ Assim também JOHAN BOUCHT, *ob. cit.*, pp. 122 e 123.

para que se reconhecesse natureza penal a uma infracção, bem como se eles sequer eram alternativos ou cumulativos. Esta circunstância aliada ao carácter lacónico com que o Tribunal se versou sobre eles, por oposição aos restantes três subcritérios de que se vem tratando, constitui a argumentação que serve de base à conclusão de que (mais claramente nos casos onde imperava a dúvida sobre a natureza) “mais critérios significa menos critério”, parecendo ser o número de critérios inversamente proporcional à objectividade, segurança e certeza do processo decisório.

1.3. O terceiro critério: a *natureza e severidade da sanção*

§ 72. Esta técnica de adequação dos critérios em função dos problemas que fossem surgindo, numa espécie de aposição de remendos ou manta de retalhos, num clima de “pandemia de excepcionalidade”²¹⁰, pode ter estado na génese do terceiro critério *Engel*, “a natureza e severidade da sanção”. Isto dito com base em dois motivos: *i)* o seu aparente carácter tautológico; *ii)* a possível exclusão do âmbito penal de sanções severas, que se afigura ser o contrário do próprio fundamento do critério.

Em relação ao primeiro motivo, de imediato, quando confrontados com este terceiro e último critério *Engel*, vê-se que só poderá existir uma sanção severa, como são as sanções do direito penal, se a sua função e o seu fim forem também típicos do direito penal (segundo critério), o que indica que o terceiro critério não será mais do que uma desnecessária repetição do segundo critério, a não ser nos casos em que se esteja perante infracções disciplinares.²¹¹

Partindo para aquela segunda motivação, dir-se-á que o fundamento deste terceiro critério talvez esteja ancorado no problema que se tem vindo a apontar a toda a construção dos critérios *Engel*, *sc.* a sua umbilical ligação ao direito disciplinar, que esteve, segundo cremos, na origem do primeiro subcritério do segundo critério (“carácter geral”).

A ausência deste terceiro critério poderia desembocar, por ex., numa situação profundamente indesejada pelo TEDH, como seria a consideração de que não teria natureza penal a consequência que consistisse na prisão de um funcionário público (“*special status*”)

²¹⁰ Expressão utilizada por ANA MARGARIDA GAUDÊNCIO, “Direitos humanos e Pandemia”, in *Responsabilidade em Saúde Pública no Mundo Lusófono: Fazendo Justiça Durante e Além da Emergência da COVID* (coord. André Dias Pereira), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Março de 2021, p. 10.

²¹¹ Segundo Pedro Caeiro, este terceiro critério mostra-se “*redundantê*”, só assumindo um papel autónomo no caso em que estejam em causa infracções disciplinares, *vd.* PEDRO CAEIRO, “The influence of the EU...”, p. 189. No sentido de que pode haver uma medida severa sem carácter punitivo, *vd.* PIETER VAN DIJK, *ob. cit.*, pp. 546 e 547. No mesmo sentido, *cfr.* Acórdão TEDH *Tre Traktörer Aktiebolg v. Sweden*, § 46.

pela mera infracção de um dever estatutário. Em princípio, poderia o TEDH considerar não estar preenchido o subcritério “carácter geral”, e, sem subcritérios adicionais, estaria amarrado à decisão de considerar que essa consequência jurídica não tinha natureza penal, porque, não obstante punitiva, não estava associada a uma infracção de carácter geral. Haveria, assim, de se criar um critério adicional que prevenisse este conjunto de situações, só deste modo se solucionando um problema cuja origem parecia encontrar-se na influência do direito disciplinar na criação dos critérios *Engel*. Podem ter sido então os casos de não preenchimento (ou de dúvidas sobre ele²¹²) do subcritério “carácter geral” a pedra-de-toque para o surgimento do terceiro critério “natureza e severidade da infracção”.

§ 73. No seguimento, a presumida lógica do seu aparecimento faz com que o sistema de relacionamento dos critérios *Engel* seja feito de forma alternativa, bastando o preenchimento de um deles para que se possa concluir pela natureza penal da norma sancionatória, como declarou expressamente o TEDH no Acórdão *Lutz v. Germany*²¹³. Sem embargo, nos casos em que uma separada análise do segundo e terceiro critérios não for suficiente para se chegar a uma conclusão, o TEDH admite uma abordagem cumulativa²¹⁴. Ou seja, mesmo em relação a esta questão, parece não haver propriamente uma regra, já que, dependendo do seu convencimento, pode o TEDH decidir com base num só critério (forma alternativa) ou com base em dois ou mais (forma cumulativa).

Todavia, porque critério da severidade foi erigido, e antes de se partir para os resultados da jurisprudência do TEDH, pense-se, desde já, num conjunto de hipóteses abstractas.

§ 74. Imagine-se que num Estado o acto de cuspir para o chão tinha como sanção a aplicação de uma pena de prisão de 1 a 5 anos. Tendo em conta esta consequência, somos de imediato impelidos a acreditar na ideia de que esta infracção assume natureza criminal, porque (sem entrar na questão da validade da criminalização desta conduta, bem como na questão da função e finalidade dessa sanção) a severidade da sanção leva a crer que a sua

²¹² Assim, NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, pp. 249, “O recurso ao terceiro critério só tem, assim lugar, nos casos em que o Tribunal não fica inequivocamente convencido do carácter penal da infracção através do segundo critério. Sendo tal natureza duvidosa ou inexistente, à luz do segundo critério entre em consideração o grau de severidade da sanção abstractamente aplicável.”

²¹³ Acórdão TEDH *Lutz v. Germany*, Proc. n.º 9912/82, de 25.08.1987, § 55, “The Court points out that the second and third criteria adopted in the judgments in the *Engel and Others* case and the *Öztiürk* case are alternative and not cumulative ones”. Posição reiterada por este Tribunal no caso *Jussila*, § 31 e no Acórdão TEDH *Garyfallou Aebe v. Greece*, Proc. n.º 18996/91, de 24.09.1997, § 33.

²¹⁴ Neste sentido, cfr. Acórdão TEDH *Janosevic v. Sweden*, § 67; Acórdão TEDH *Lauko v. Slovakia*, Proc. n.º 26138/95, de 23.09.1998, § 57; Acórdão TEDH *Ziliberberg v. Moldova*, § 31.

natureza é penal, independentemente de estar em causa uma norma de carácter geral. Acaba por ser facilmente justificável esta opção, tendo em conta que a sanção sob análise é uma pena de prisão criminal.

Porém, adiante-se outra hipótese: a consequência criminal não era a pena de prisão, mas sim aquela que durante 30 a 180 minutos obrigasse a lavar a área do chão onde a pessoa havia cuspidido. Estar-se-ia ainda perante uma sanção severa ao ponto de ser considerada penal? É certo que a liberdade de movimentos dessa pessoa é restringida e nesse aspecto assume uma natureza análoga à de uma sanção criminal. Ao mesmo tempo, distanciar-se-ia desta, já que que essa restrição duraria no máximo 180 minutos, pelo que se poderia dizer que não era tempo suficiente para ser qualificada como severa (nos mesmo termos da pena de prisão). Não se deixa de reconhecer que esta sanção seria susceptível de envergonhar de sobremaneira o agente que cuspiu para o chão. Mas este desconforto e esta vergonha já fariam com que ela fosse criminal? Presume-se que resposta a esta pergunta num sentido ou noutro não seria consensual.

§ 75. Estes dois exemplos servem por si sós para constatar que avaliar o *grau* de severidade de uma sanção envolve a determinação e concretização de várias variáveis, como sejam: a dor, o desconforto, a vergonha, a liberdade, o património, etc. Dentro destas variáveis levanta-se, num segundo momento, a questão do grau: maior ou menor dor, maior ou menor desconforto, maior ou menor vergonha, maior ou menor liberdade, mais ou menos património. Neste sentido, reitera-se a ideia deixada anteriormente segundo a qual quanto maior for o número de variáveis, em princípio, maior será o grau de indeterminação da resposta.

É certo que para os fins aqui pretendidos, apenas interessa verificar se o grau de severidade de uma sanção é análogo ao das sanções criminais, não importando, por isso, fazer uma análise desligada daquele referente.

Sem embargo, volte-se àquele exemplo para mostrar como, mesmo assim, a tarefa continua a poder apresentar-se de difícil execução.

§ 76. Invente-se agora que a consequência afinal não era a pena de prisão nem lavar o chão durante uns minutos, mas sim a pagar uma quantia monetária ao Estado no valor de metade do património da pessoa, sendo que o não pagamento não envolveria a substituição dessa medida por uma pena subsidiária de prisão.

Estamos perante uma sanção pecuniária que tanto existe no domínio criminal como, por ex., no contraordenacional. Por sua vez, é sabido que a pena de multa, em Portugal, pode sempre desembocar na pena de prisão (cfr. art. 49.º do CP). Neste aspecto, no exemplo exposto, aquela sanção afasta-se da pena de multa, pelo que se poderia dizer que não era uma sanção de natureza criminal. No entanto, ao mesmo tempo, o seu *quantum* cria a sensação de que o seu grau de severidade é elevado ao ponto de se poder considerar uma sanção de natureza criminal.²¹⁵

Continuando a problematizar, questione-se sobre o que seria mais severo ou o que seria mais análogo a uma sanção criminal: se aquela sanção, se uma outra que consistisse no pagamento de 1/10 do património, mas cujo não pagamento envolvesse a aplicação de uma pena de prisão subsidiária de 1 a 11 meses. De novo, crê-se que a resposta a esta questão não seria consensual.

Serviu tudo isto para se chegar à conclusão de que a identificação do grau de severidade de uma sanção pode evocar tantas variáveis que faz com que este critério assumia um carácter de tal modo subjectivo que, tal como se andou em relação aos segundo e terceiro subcritérios do segundo critério (*sc.* função e finalidade da sanção), o torna num critério de feição arbitrária.²¹⁶

§ 77. Esta reconhecida dificuldade não demoveu o TEDH, e bem (já que o critério foi criado), de encetar esforços no sentido de dar corpo a este terceiro critério.

Esta densificação iniciou-se logo no *caso Engel*, determinando-se aí que pertencerão à esfera criminal as privações de liberdade susceptíveis de, em abstracto, serem impostas como sanções punitivas, com a excepção daquelas que, pela sua *natureza, duração e modo de execução* não forem notoriamente danosas ou nocivas. Quer isto dizer que não basta, em termos absolutos, a previsão de uma privação de liberdade, estando ela dependente de condições factuais, que constituem as excepções supramencionadas.

²¹⁵ *Vd.* MICHELE PANZAVOLTA, *ob. cit.*, p. 39, “*With regard to patrimonial consequences, it is clear that the severity of the penalty is not adequate enough to constitute a good landmark, because the same negative consequences could be endured outside of criminal law. A measure which has adverse financial consequences to a person cannot be considered as criminal, administrative or civil simply on the basis of the parameter of severity. A distinction between criminal and non-criminal patrimonial measures requires a look at further elements than severity alone.*”

²¹⁶ No sentido de que o critério da natureza e grau da severidade da sanção não deve valer por si próprio veja-se o que o próprio TEDH verteu no Acórdão TEDH *Welch v. United Kingdom*, Proc. n.º 17440/90, de 9.02.1995, § 32: “*The Court agrees with the Government and the Commission that the severity of the order is not in itself decisive, since many non-penal measures of a preventive nature may have a substantial impact on the person concerned.*”

Segundo o TEDH, o que justifica este terceiro critério é a seriedade daquilo que está em jogo, as tradições dos Estados e a importância dada pela CEDH ao respeito pela liberdade física das pessoas.²¹⁷

Esta orientação consolidou-se na jurisprudência do Tribunal, tendo sido seguida em vários casos²¹⁸, pelo que ficou assim cristalizada a conclusão do terceiro critério: uma sanção privativa de liberdade é severa se for análoga a uma pena de prisão. Por outras palavras, e num plano mais genérico, uma sanção punitiva é severa se for tão severa como são as reacções do direito penal.

§ 78. Antes de nos debruçarmos especificamente sobre as sanções privativas da liberdade, não deve deixar de se mencionar que este terceiro critério *Engel* também poderá ser aplicado a sanções não privativas da liberdade, como sejam as sanções patrimoniais. Contudo, nestes casos, o TEDH não deixou subcritérios que densificassem o terceiro critério, de modo a adaptá-lo às sanções não privativas da liberdade. Assim sendo, o preenchimento deste critério nestes casos ficará entregue a uma arbitrariedade do TEDH difícil de sustentar. Uma sanção patrimonial, por ex., será severa porque, sem mais, o Tribunal entende que é severa.²¹⁹

1.3.1. O “*appreciably detrimental test*”

§ 79. Nos casos em que a sanção é susceptível de privar da liberdade, este critério vive na dependência de três condições: *i) a natureza da privação da liberdade; ii) a duração da privação; e iii) o modo de execução da privação.*

A aplicação destas condições forma o “*appreciably detrimental test*”²²⁰

²¹⁷ Acórdão TEDH *Engel and Others v. The Netherlands*, § 82.

²¹⁸ Cfr. Acórdão TEDH *Garyfallou Aebe v. Greece*, § 34; Acórdão TEDH *Zolotukhin v. Russia*, § 56; Acórdão TEDH *Ezeh and Connors v. The United Kingdom*, Procs. n.ºs 39665/98 e 40086/98, de 9.10.2003, §§ 126 a 129; Acórdão TEDH *Janosevic v. Sweden* § 69; Acórdão TEDH *Bendenoun v. France* § 45; Acórdão TEDH *Ziliberberg v. Moldova*; Acórdão TEDH *Gradinger v. Austria* § 36; Acórdão TEDH *Demicoli v. Malta*, Proc. n.º 13057/87, de 27.08.1991, § 34; Acórdão TEDH *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, Procs. n.ºs 7819/77 e 7878/77, de 28.06.1984, § 71 e 72; Acórdão TEDH *Weber v. Switzerland*, § 34; Acórdão TEDH *Pierre-Bloch v. France*, § 58.

²¹⁹ Cfr. Acórdão TEDH *Garyfallou Aebe v. Greece*, § 34. Cfr. ainda NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, pp. 249 e 250.

²²⁰ Acórdão TEDH *Ezeh and Connors v. The United Kingdom*, § 127.

i) A primeira condição: a *natureza da privação da liberdade*

§ 80. A primeira condição (a natureza da privação da liberdade) deixa patente que não é qualquer privação de liberdade que é susceptível de fazer com que uma sanção caia na esfera penal, já que, a julgar pela sua elevação à categoria de condição, a natureza da privação pode fazer com que ela não seja considerada uma autêntica privação de liberdade, para os efeitos de aplicação das garantias penais da CEDH.

O caso *Engel* será o ponto de partida para a densificação desta condição.

Como se verá de seguida, nessa decisão o TEDH não indica expressamente, através da enunciação de subcritérios, qual o caminho a seguir para determinar o preenchimento desta condição. Porém, avança com conclusões sobre se, no caso concreto, se dá esse (não) preenchimento, que é um elemento suficiente para, pelo menos, se partir para um conjunto de raciocínios indutivos acerca da procurada corporização desta condição.

§ 81. Após a violação de regras de conduta militares, o Estado holandês aplicou, entre outras, as seguintes sanções: três dias de “*light arrest*” e dois dias de “*strict arrest*” (sr. Engel); quatro dias de “*light arrest*” (sr. van der Wiel); doze dias de “*aggravated arrest*” (sr. de Wit); três/quatro meses de “*committal to a disciplinary unit*” (sr. Wit, sr. Dona e sr. Schul).

A “*light arrest*” não consistia na detenção numa cela, mas sim na proibição de os visados se ausentarem do quartel militar nos momentos em que não estivessem de serviço²²¹. A “*aggravated arrest*” era um confinamento numa área especial de detenção não fechada à chave, também durante o tempo em que os detidos não estivessem de serviço²²². Por sua vez, a “*strict arrest*” envolvia a reclusão numa cela durante o dia inteiro²²³. E, por fim, a “*committal to a disciplinary unit*” era um confinamento permanente durante no mínimo três meses a um estabelecimento específico para estes fins.²²⁴

§ 82. O Tribunal concluiu que apenas a “*strict arrest*” e a “*committal to a disciplinary unit*” preenchem a condição “natureza da privação” do *appreciably detrimental test*, nos termos e para os efeitos do art. 6.º da CEDH²²⁵. Apesar de não fundamentar esta conclusão, é possível retirar das suas palavras elementos que permitem induzir o critério por detrás dessa decisão,

²²¹ Acórdão TEDH *Engel and Others v. The Netherlands*, § 61.

²²² *Idem*, § 62.

²²³ *Idem*, § 63.

²²⁴ *Idem*, § 64.

²²⁵ *Idem*, § 64 e 66.

sc. o carácter análogo ao da pena de prisão. Consistindo esta, em termos sucintos, numa reclusão, num espaço fechado, durante as 24 horas de um dia, verifica-se que, na verdade, somente a “*strict arrest*” e a “*committal to a disciplinary unit*” partilham destas características, enquanto a “*light arrest*” e a “*aggravated arrest*” não só não envolviam a presumida impossibilidade prática de os visados se ausentarem, como também não duravam ininterruptamente.

Esta primeira condição (natureza da privação da liberdade) encontrar-se-á preenchida, portanto, quando a sanção em causa for análoga à pena de prisão, devendo o carácter permanente (diário) da privação e a (pretendida) impossibilidade de evasão ser chamados como elementos-chave para analisar esta comparação.

§ 83. Não é esta a única possibilidade de dar como verificado o preenchimento desta primeira condição.

No *caso Kiss*, entendeu a Comissão que uma sanção disciplinar aplicada a um recluso de perda de 80 dias de redução de pena de prisão não tinha natureza penal porque não constituía uma privação da liberdade, dado que um recluso é privado da liberdade durante a medida da pena e qualquer redução da sua duração por bom comportamento será vista como um mero privilégio, estando então a perda deste privilégio desligada daquilo que deu origem à aplicação da pena de prisão²²⁶. Também na *Decisão X v. Switzerland* se andou no mesmo sentido, tendo a Comissão concluído que uma sanção de cinco dias de isolamento em solitária, por consequência de um atraso de um recluso no regresso de uma saída precária, não era uma sanção de natureza penal porque não constituía uma privação da liberdade.²²⁷

A partir destes dois casos, chega-se à conclusão de que o terceiro critério *Engel* não se mostra preenchido se a condição “natureza (severa) da privação da liberdade” não se mostrar preenchida.

Se, pelo contrário, se considerar que essa condição está preenchida e que o objecto de análise é uma sanção que, pela sua natureza, é privativa da liberdade, há que partir para a observação da segunda condição, sc. a (severa) duração dessa privação. Foi o que aconteceu nos casos *Campbell and Fell* e *Ezeh and Connors*.

§ 84. No *caso Campbell and Fell*, foram aplicadas ao Sr. Campbell as penas disciplinares de perda do direito à redução da sua pena de prisão (cerca de três anos) e de outros privilégios

²²⁶ Cfr. Acórdão TEDH *Lazlo Kiss v. The United Kingdom*, Proc. n.º 6224/73, de 16.12.1973.

²²⁷ Cfr. Decisão da Comissão *X v. Switzerland*, Proc. n.º 7754/77, de 9.05.1977.

atinentes à vida de um recluso na prisão, na sequência da prática por reclusos de um motim e de actos violentos. Apesar de estarem em causa medidas semelhantes às do *caso Kiss*, o TEDH entendeu que a perda do direito à redução da pena de prisão, embora não constituísse tecnicamente uma privação de liberdade, influenciava de modo sério e grave a duração da pena de prisão, devendo ser considerada uma pena de natureza criminal. Estava assim preenchida a primeira condição (natureza da privação da liberdade), como também a segunda (duração da privação).²²⁸

No *caso Ezzeh and Connors*, a prática de ameaças e ofensas a funcionários por parte de reclusos desembocou na aplicação de penas semelhantes à dos casos anteriores, contudo através de uma técnica diferente: em vez de se restringir o direito à redução da pena de prisão, aumentava-se a duração desta. Facto que fez com que o Tribunal se distanciasse da argumentação utilizada no *caso Campbell*, tendo, sem embargo, chegado à mesma conclusão, qual seja a de que a sanção é análoga a uma pena de prisão, dando-se deste modo preenchida a primeira condição.

§ 85. A análise conjunta destes quatro casos jurisprudenciais permite juntar ao motivo trazido do *caso Engel* (carácter análogo à pena de prisão) um outro capaz de, por si só, ser suficiente para sustentar o preenchimento da primeira condição (natureza da privação da liberdade): a influência da sanção na duração de uma pena de prisão.

Sem embargo, como já se afirmou anteriormente, mesmo que a primeira condição esteja verificada, não quererá isto significar que o terceiro critério *Engel* (natureza e severidade da sanção) esteja preenchido. Para tal é ainda necessária a verificação da segunda condição (duração da privação).

ii) A segunda condição: a duração da privação

§ 86. Veja-se de novo o *caso Engel*.

Esta segunda condição (duração da privação) conheceu a luz do dia no *caso Engel*, através da sua expressa enunciação, tendo sido inclusivamente alvo de aplicação prática.

Após a conclusão de que a “*strict arrest*” preenchia a primeira condição, nos termos e para os efeitos do art. 6.º CEDH, o Tribunal decidiu que o facto de essa sanção aplicada a *Engel* durar apenas dois dias fazia dela uma sanção demasiado curta (“*too short*”²²⁹) para

²²⁸ Acórdão TEDH *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, § 72.

²²⁹ Acórdão TEDH *Engel and Others v. The Netherlands*, § 85.

pertencer ao direito criminal. Ficou, porém, esta conclusão órfã de fundamentação. Tal como ficou também a sua asserção segundo a qual três meses de “*committal to a disciplinary unit*” já eram suficientes para se dar esta condição como verificada.²³⁰

§ 87. É interessante verificar que o Tribunal, no *caso Ezeb and Connors*, avança o *caso Engel* como padrão para o seu preenchimento desta segunda condição, concretizando que, *in casu*, a pena mínima aplicada (7 dias) era substancialmente maior do que a pena mais leve do *caso Engel* (2 dias), devendo, por isso, dar-se como verificada a segunda condição²³¹. Ao invés, no *caso Schmautzer*, o TEDH desconsiderou o limite do *caso Engel* e concluiu que a prisão subsidiária de 24 horas pelo não pagamento de uma sanção pecuniária era satisfatória para lhe atribuir carácter penal²³². Em verdadeira contradição para com o *caso Ezeb and Connors* encontra-se, por ex., o *caso Ravensborg* e o *caso Putz*, onde as penas subsidiárias de prisão de 14 dias e de 10 dias, respectivamente, não foram consideradas suficientemente longas ao ponto de lhes conferirem carácter penal.²³³

É notório como a permanente contradição que brota desta jurisprudência impossibilita a fixação dos requisitos que devem estar verificados para que a segunda condição se dê como confirmada, assumindo, por conseguinte, a execução desta tarefa uma feição marcadamente incerta e arbitrária.

§ 88. Assim, para este “*appreciably detrimental test*” se mostrar cumprido, ou seja, para que o terceiro critério *Engel* (natureza e severidade da sanção) esteja preenchido, não basta que a primeira condição (natureza da privação da liberdade) se verifique. É, sim, necessário que, para além dela, a segunda condição (duração da privação) também se apresente preenchida. Tem de haver, por isso, uma verificação cumulativa das duas primeiras condições. Assim, nem toda a privação de liberdade é susceptível de conferir a natureza penal a uma consequência (e, por conseguinte, a uma infracção), mas somente aquela que, pela sua natureza e durabilidade, o justifique.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ Acórdão TEDH *Ezeb and Connors v. The United Kingdom*, §§ 123 a 129.

²³² Acórdão TEDH *Schmautzer v. Austria*, Proc. n.º 15523/89, de 23.10.1995, § 28.

²³³ Acórdão TEDH *Ravnsborg v. Sweden*, Proc. n.º 14220/88, de 23.03.1994, § 35; Acórdão TEDH *Putz v. Austria*, Proc. n.º 18892/91, de 22.02.1996, § 37. É de salientar que este último Acórdão recorreu ao *caso Ravensborg* para justificar que 10 dias de prisão subsidiária não era uma sanção suficientemente severa. Em sentido inverso, considerando que uma sanção de 15 dias de prisão assumia natureza penal, Acórdão TEDH *Zolotukhin v. Russia*, § 56.

Todavia, o preenchimento da segunda condição padece de arbitrariedade. Se assim é, e porque a verificação das condições é cumulativa, toda a determinação do preenchimento deste critério fica contaminada por essa arbitrariedade. Arrisca-se, por isso, a estar condenada ao fracasso, dado que um dos seus desígnios seria a atribuição de um carácter objectivo a este processo decisório, que comprovadamente de objectivo pouco tem.

iii) A terceira condição: o *modo de execução da privação de liberdade*

§ 89. Até então há que reconhecer que o exercício que se tem vindo a fazer parece ter descurado o tratamento da terceira condição deste critério, *sc.* modo de execução da privação de liberdade. O que justifica esta omissão é a ausência do seu tratamento autónomo por parte do TEDH. Desde a sua enunciação como condição do “*appreciably detrimental test*” no *caso Engel* que não mais se deu conta de uma sua exposição autónoma, ao contrário do que a sua elevação a terceira condição fazia crer.

Simultaneamente, é forçoso reconhecer também que, não obstante a ausência de autonomização, esta condição tem revestido manifesta importância no seio deste teste, só que não como condição autónoma, mas sim como elemento a apreciar aquando da verificação da primeira condição (natureza da privação de liberdade).

§ 90. Facilmente se aceita que para apurar a natureza da privação de liberdade há que olhar para o modo como ela se apresenta. Foi precisamente isso que o TEDH fez constantemente no momento de tratar daquela primeira condição, e fê-lo de modo evidente precisamente no *caso Engel*, quando se precipitou sobre os vários *modos* de “detenção” aí em causa. Independentemente da validade deste raciocínio indutivo relativo aos critérios que podem ter levado o Tribunal a separar a “*light arrest*” e a “*aggravated arrest*” da esfera penal (*sc.* carácter análogo à pena de prisão avaliado pelo carácter permanente - no sentido de ser ininterrupto - da privação e pela proibição de evasão), certo é que foi a partir do modo como todas essas sanções se executaram em concreto que esteve na base da decisão da primeira condição. Denuncia este circunstancialismo que o modo de execução da privação é elemento essencial do raciocínio do TEDH atinente à determinação da natureza de uma sanção (primeira condição). Facto que leva a que esse *modo de execução* não deva apresentar-se como uma condição autónoma, precisamente porque já existe uma condição que necessariamente a subsume. Assim sendo, esta autonomização desta terceira condição reveste-se tautológica,

por não ser mais do que uma repetição inútil de ideias já cristalizadas anteriormente no momento da análise do preenchimento da primeira condição.

§ 91. Ao mesmo tempo, por esta ordem de raciocínio, a segunda condição, por dizer respeito à duração da sanção, mais não é do que um elemento que faz parte do modo de execução da sanção, e, neste sentido, poderá dizer-se que a condição respeitante à duração se deveria subsumir na condição “modo de execução”. Condição esta que, por sua vez, se subsumiria numa condição mais ampla, qual seja a da natureza da privação.

Bem vistas as coisas, parece que na prática aquilo que o TEDH tem feito tem sido encarar o “*appreciably detrimental test*” como composto por uma única condição, a da natureza da sanção, a mais ampla de todas, decomposta em dois elementos (modo de execução e duração), que necessitam de estar ambos preenchidos para que essa única condição esteja verificada.

1.4. Síntese

§ 92. De acordo com os critérios *Engel* e com a jurisprudência do TEDH que os concretizou, uma infracção terá natureza penal quando, de modo alternativo e em abstracto:

- (a) o TEDH entender que o Estado a classifica como penal (*primeiro critério*);
- (b) o Tribunal considerar (*segundo critério*) que se preenchem cumulativamente três subcritérios: *i*) a infracção tem carácter geral; *ii*) a função da sanção é punitiva; *iii*) a finalidade da sua aplicação é preventiva criminal.

Contudo, aparentemente, em situações de indefinição acerca da concretização do segundo critério, o Tribunal pode convocar subcritérios adicionais, trazidos das características do direito penal, quais sejam: o órgão decisório, a semelhança com leis penais de outros Estados, o tipo de processo judicial, a inscrição no registo criminal, a terminologia utilizada e a identificação do requisito culpa;

- (c) se não for uma sanção privativa da liberdade, nos casos em que o TEDH considerar que a consequência é severa (*terceiro critério*). Se for privativa da liberdade, para preencher o terceiro critério deverá ela apresentar natureza análoga à sanção privativa da liberdade do direito penal *ou* influenciar a duração de uma pena de prisão: para tal é necessário que, de modo cumulativo, estejam preenchidas as três condições do “*appreciably detrimental test*”, *sc. i*) a natureza da privação da liberdade; *ii*) a duração da privação; *iii*) o modo de execução da

privação. Estas condições preenchem-se quando a sanção privativa da liberdade revestir um carácter permanente ou ininterrupto, quando for proibida a evasão e quando for (severamente) duradoura.

§ 93. Todavia, nos casos em que uma separada análise do segundo e terceiro critérios não for suficiente para se determinar a natureza, entende o Tribunal que uma consequência jurídica tem natureza criminal se estes critérios se verificarem de modo cumulativo e não alternativo.

§ 94. Ao longo do tratamento da jurisprudência do TEDH fica a ideia de que a tarefa de descortinar a natureza jurídico-penal de uma infracção ou consequência jurídica consente uma subjectividade susceptível de a impregnar de uma indesejada *obscuridade*²³⁴, *incoerência*²³⁵ e *inconsistência*²³⁶, ou seja, precisamente aquilo que se queria evitar e que se crê também ter estado na origem da criação destes critérios.

O segundo critério *Engel* foi densificado por subcritérios, como sejam, principalmente, o segundo e terceiro, *sc.* a função e a finalidade da sanção, caracterizados por uma natural subjectividade, que acabou por tratar sanções idênticas de modo distinto, ou seja, por tratar o materialmente igual de modo desigual, de que os casos *Esconbet* e *Malige* são bons exemplos.

§ 95. Ao mesmo tempo, a prática jurisprudencial de aplicação do primeiro subcritério (carácter geral) mostrou que a relação de subordinação, característica do direito disciplinar, e que parece que esteve na base da corporização deste subcritério, foi diluída num conjunto de outros elementos tidos pelo Tribunal como capazes de dar como preenchido o “*special status*” do agente da norma. Esta circunstância teve directa influência (porque sua função) na verificação do elemento “determinado grupo de pessoas” e, por consequência, teve também extrema relevância no preenchimento daquele subcritério.

O resultado deste circunstancialismo foi a consideração de que, por ex., infracções rodoviárias e de direito fiscal tinham natureza criminal porque, para além dos restantes subcritérios deste segundo critério, se considerou que o primeiro subcritério (carácter geral)

²³⁴ Assim, R. IVORY, *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human Rights of Bad Guys*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 250.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ *Vd.* voto de vencido parcial de Pinto de Albuquerque no Acórdão TEDH *Varvara v. Italy*, Proc. n.º 17475/09, de 29.10.2013, p. 7.

estava verificado, como denunciavam, por ex., os casos *Öztürk, Janosevic, Jussila, Bendenoun e Weber*, ao invés do que sucedeu, por ex., no *caso Inocência*.

O produto destes três subcritérios brotados do *caso Öztürk* acabou por ter grande impacto no direito das contra-ordenações, o ramo do direito que, como se percebeu dos exemplos vindos a tratar, é o palco principal da actuação desta jurisprudência. Ao contrário do que podia ser de esperar, esta instabilidade jurisprudencial do TEDH não surtiu efeitos ao nível político-criminal, não tendo desacelerado o movimento descriminalizador²³⁷ daquela época, por ex., em ordenamentos como o nosso e o alemão. Manifestou-se, sim, a nível processual, ao mandar aplicar as garantias dos arts. 6.º, n.º 2, e 7.º da CEDH a infracções aparentemente sem natureza penal.

§ 96. Uma clara manifestação da inaptidão deste segundo critério, pelo menos para os fins desejados, foi a criação pelo TEDH, após o *caso Öztürk*, de outros subcritérios (*sc.* o órgão decisório, a semelhança com leis penais de outros Estados, o tipo de processo judicial, a inscrição no registo criminal, a terminologia utilizada e o apuramento do requisito culpa). Este aparecimento parece ter sido desacompanhado da necessária densificação dos mesmos, bem como das regras relativas ao seu modo de interacção e a relevância destes dentro desta jurisprudência. Desconhece-se se a verificação de apenas um ou alguns deles (modo alternativo) é suficiente para se dar como preenchido o segundo critério ou se, pelo contrário, é necessário que todos se confirmem (modo cumulativo). A indefinição do segundo critério parece ter sido digladiada com maior indefinição.

§ 97. O terceiro critério *Engel*, que, como se viu, fora dos casos do direito disciplinar, parece ser redundante e inútil, não se livra também de crítica, e pelos mesmos motivos, na medida em que também ele está imerso em grande subjectividade.

O que justifica o predito é a total ausência de linhas condutoras para a concretização do conceito “severidade” e para a densificação da condição “duração da sanção” do

²³⁷ Sobre este movimento, *vd.* JORGE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, I, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1983, pp. 315 a 336; JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 116. 1983-84, pp. 263 e ss; NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, pp. 113 e ss. Mesmo no Acórdão TEDH *Öztürk v. Germany*, p. 21, a questão começou a ser logo levantada, como se constata através do voto de venido do Juiz Bindschedler-Robert, “I cannot, on the other hand, agree with the Court’s analysis of the nature of the offence: the elements it takes into consideration – “the general character of the rule” and “the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive”, – are too general in themselves. In this way the Court denies itself the possibility of accepting the very concept of decriminalisation. The Court underestimates, moreover, the real significance of the process of decriminalisation brought about by German law, when in fact, if not in theory, adopts the position that what is involved is a mere change of legal classification, hence a mere change of labels.”

appreciably detrimental test. Dependendo ele da verificação cumulativa das três condições, o mero facto de a condição “duração da sanção” revestir um carácter arbitrário faz com que todo esse teste fique contaminado por essa incerteza. Circunstância que ficou bem patente na inconstância e incoerência da jurisprudência do TEDH através da confrontação dos casos *Engel*, *Ezeh and Connors*, *Schmautzer*, *Ravnsborg* e *caso Putz*.

§ 98. Para finalizar esta exposição de motivos que fazem crer no alto grau de subjectividade do conjunto de critérios do TEDH para apurar a natureza penal de uma infracção e de uma consequência jurídica, é de mencionar aquele que diz respeito ao carácter alternativo dos critérios *Engel*.

De facto, a abordagem do Tribunal tende para a forma alternativa. Contudo, casos há, como se expressou, por ex., nos casos *Janosevic*, *Lauko* e no caso *Ziliberberg*, em que se admite a possibilidade de uma abordagem cumulativa. Assim sendo, não haverá propriamente uma regra aqui consagrada, podendo relacionar-se os critérios de forma alternativa *ou* de forma cumulativa, em função do grau de convencimento do Tribunal. Assim, a conjunção alternativa (“ou”) aliada à ausência de uma regra que determine essa opção é outra razão que leva a reforçar a ideia do alto grau de subjectividade que esta técnica de determinação da natureza de uma norma sancionatória acarreta.

§ 99. Não obstante tudo isto, é de reconhecer todo o esforço que o TEDH tem levado a cabo na tentativa de conferir objectividade a esta tarefa.

Apesar da apontada e aparente influência que as características do direito disciplinar tiveram aquando da criação dos critérios *Engel*, e apesar ainda da arbitrariedade e subjectividade de que o preenchimento destes podia sofrer, certo é que foram deixados critérios para apurar a natureza penal de uma infracção e de uma consequência jurídica.²³⁸

Constatou-se arbitrariedade no núcleo dos próprios critérios, mas já não no seu exterior, i.e. na tarefa de os erigir, ou, por outras palavras, na sua razão de ser. Descobre-se, de facto, uma lógica por detrás desta edificação. Sobre o segundo e terceiro critérios *Engel*, ambos dizem respeito a características próprias das reacções do direito penal. Foi o carácter

²³⁸ *Vd.* MICHELE PANZAVOLTA e ROBERTO FLOR, “A Necessary Evil? The Italian “Non-Criminal System” of Asset Forfeiture”, in Jon Peter Rui / Ulrich Sieber (eds.) *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für Ausländisches und Internationales Strafrecht: Strafrechtliche Forschungsberichte, vol. 146, Duncker & Humblot, 2015, p. 141, “These parameters are indeed slightly vague. Nonetheless, they can offer inspiration to solve our problem.”

geral das infracções criminais, foi a função da sanção criminal e a finalidade da sua aplicação que fundamentaram o segundo critério, e foi a pena de prisão, sanção exclusiva do direito penal (desconsiderando o específico direito militar), que parece ter sido o fundamento do terceiro critério.

§ 100. Daqui, bem como dos próprios erros ou hesitações do Tribunal, é possível retirar algumas importantes ideias a ter em conta quando se pretender criar um critério para apurar a natureza penal de consequências jurídicas.

A primeira - bastante evidente, tendo em conta que o objectivo é o de saber o que pertence ao direito penal - é a de que o ponto de partida para executar esta tarefa é o estudo das características das consequências jurídicas do direito penal. Há que saber primeiramente o que é o direito penal para se poder descobrir o que dele faz parte.

A segunda ideia brota da própria essência da questão “Esta consequência jurídica tem natureza penal?”. O que aqui está em causa é a norma que existe, que habita no direito do mundo humano, que se manifesta e constitui “*na existência do homem e como dimensão dessa existência*”²³⁹. Trata-se do direito que *é*, da matéria da ciência jurídica, e não daquele direito que *deve ser* ou *deveria ter sido*. É o direito positivo (“*the law in its state of rest*”²⁴⁰) o objecto da análise e não a norma que devia ser (validade das normas). Situamo-nos no plano de “*autológica positividade sem validade normativa*”, onde navegaremos num sistema jurídico “*sem porque*”²⁴¹. Não interessa saber aqui se uma consequência jurídica se mostra conforme ou não com um ordenamento jurídico. O que está em jogo é a sua sistematização nesse ordenamento. Se uma consequência jurídica existe, independentemente da sua validade, é forçoso o acto de sobre ela reflectir, como, por ex., seria a determinação das regras que se lhe aplicam, por muito que a norma até se possa repudiar. Quer isto significar que o ponto de partida no momento de criar os critérios deve ser o direito penal visto à luz do seu sentido meramente formal e não material. Em suma, quer conhecer-se a natureza da consequência jurídica que já *é* no núcleo de um também já existente sistema jurídico. O plano aqui é o da ciência jurídica e não o da política do direito. Não pretendemos nada de diferente daquilo

²³⁹ *Vd.* CASTANHEIRA NEVES, *Digesta...*, p. 9.

²⁴⁰ HANS KELSEN, *Pure Theory of Law*, tradução da 2.ª Ed. alemã, alargada e revista, por Max Knight, New Jersey, 2005, p. 70.

²⁴¹ *Vd.* CASTANHEIRA NEVES, *Digesta...*, p. 76.

que existe neste preciso momento, “nada para a frente, nada para trás, nada por toda a eternidade”.²⁴²

A terceira ideia é a de que há que não esquecer os restantes ramos do direito sancionatório, de modo a não só se continuar a definir as características do direito penal, mas também os seus limites, fazendo assim com que o espaço penal não coincida com outro daqueles ramos, prevenindo que esses círculos sejam idênticos, que haja consunção entre eles ou uma qualquer intersecção. A única forma de relacionamento entre esses círculos há-de ser então a de uma verdadeira heterogeneidade.

Está aqui expressada a ideia de que a característica que é a essência de um critério tem de ser uma característica *essencial e necessária, única ou exclusiva*, de *todas* as reacções criminais. Este último raciocínio implica uma relativização do direito penal com os outros ramos de direito, que é precisamente o fundamento desta terceira ideia que aqui é avançada.

Ao mesmo tempo, numa quarta ideia, não se deve subverter a ordem e importância dos três pensamentos anteriores: os critérios deverão ser apurados a partir das características das reacções criminais, não esquecendo, porém, os restantes ramos do direito sancionatório, e não o contrário, i.e., definir o que é penal em função daquilo que não é penal, sob pena de se poder viciar a criação dos critérios pela desconsideração da primeira lição.

A quinta e última é atinente à corporização dos critérios. Deve ser ela feita de um modo que tenha por desígnio atribuir o menor grau possível de subjectividade a um critério, sob pena de a subjectividade de um (sub)critério poder tornar periclitante toda a construção de que ele faz parte, ou até mesmo impregná-la de falta de sentido.

Em suma, independentemente do mérito que os critérios *Engel* e a sua corporização possam merecer, o mero facto de eles existirem é já um importante contributo para a resposta à pergunta de estudo.

²⁴² Assim falou Friedrich Nietzsche quando atribuiu um significado ao conceito de “*amor fati*”. Para tal, *vd.* FRIEDRICH NIETZSCHE, *Ecce Homo: How To Become What You Are* (traduzido por Duncan Large), Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 35, “*My formula for human greatness is amor fati: not wanting anything to be different, not forwards, not backwards, not for all eternity. Not just enduring what is necessary, still less concealing it—all idealism is hypocrisy in the face of what is necessary—but loving it...*” (Parte II, secção 10).

2. O método do TEDH em matéria de confisco e a sua aplicação a alguns institutos

§ 101. A análise à jurisprudência do TEDH acabada de fazer teve como objectivo compreender *quais os critérios* por ele utilizados para determinar se uma consequência jurídica tem natureza penal.

Com o foco exclusivamente nesta finalidade, o objecto deste estudo empírico foi decisões que se centravam sobre uma qualquer norma e não sobre um específico instituto. É normal que assim seja, tendo em conta que o direito penal, nesse exercício comparativo, é a variável constante nessa tarefa, devendo ser daí que brotam os critérios e não da norma sob comparação ou de uma qualquer relação estabelecida entre esse ramo do direito e o direito penal.

§ 102. Ilustre-se de outro modo o que acabou de se dizer. Pense-se no seguinte silogismo:

- i) Todas as consequências jurídicas que preenchem os critérios *Engel* têm natureza penal (premissa maior);
- ii) A consequência jurídica *x* preenche/não preenche os critérios *Engel* (premissa menor);
- iii) Logo, a consequência jurídica *x* tem/não tem natureza penal (conclusão).

A investigação que temos vindo a realizar centrou-se unicamente na premissa maior do silogismo, no seu termo médio (“consequências jurídicas que preenchem os critérios *Engel*”) mais concretamente na sua última parte (“critérios *Engel*”).

§ 103. Desta vez, na sequência desse raciocínio, o objecto de tratamento dirá respeito à premissa menor, agora que já se conhece a visão do TEDH em relação ao que *é* (ou ao que deverá ser) o termo médio (critérios) da premissa maior.

Porque a concretização da premissa maior não era aqui um fim em si mesmo - como a própria construção silogística denota-, e porque a ausência de um específico e concreto termo menor (“consequência jurídica *x*”) impossibilita a criação de um silogismo, passar-se-á a contar agora com um termo menor bem definido que é algumas modalidades do instituto do confisco de bens. Em suma, o centro das atenções agora será a *aplicação* dos critérios *Engel* aos casos de confisco.

O seu carácter multiforme, bem como a grande quantidade de decisões do TEDH (pelo menos tendo em conta o espaço do presente estudo), obriga a tratar o confisco através das suas modalidades e, por conseguinte, de um modo separado. A divisão será feita do seguinte modo: 1) confisco clássico (de bens do agente e de terceiro); 2) a perda alargada, *civil forfeiture* e *confisca preventiva*; e 3) *confisca urbanistica*.

§ 104. Esta sistematização procura representar a própria evolução dos regimes de confisco, da sua forma clássica para os seus novos modelos²⁴³. Contudo, esta evolução apenas vem espelhada numa concreta sequência: do confisco clássico até às novas modalidades. Dentro destas novas modalidades, a ordem em que virão elencadas não será feita propriamente em função do específico momento de surgimento de cada uma delas nos vários Estados. De qualquer modo, procurou-se, na medida do possível, sistematizar as modalidades em função do momento em que foram sendo alvo de tratamento pelo TEDH.

À *confisca urbanistica* é reservado o último lugar, por dois motivos: *i*) não é clara a sua categorização, existindo dúvidas sobre se este regime consubstancia uma modalidade de confisco clássico ou moderno; *ii*) é sobre esta modalidade uma das decisões mais recentes do TEDH, razão pela qual é pertinente deixá-la para o final, para aí ficar cristalizado o (“mais recente”) estado da arte.

§ 105. A identificação de cada uma destas modalidades de confisco cinge-se à concretização do termo menor da premissa menor do silogismo (a “consequência jurídica *x*”), sabendo-se já que dentro desta cabe ainda necessariamente lugar para o termo médio (“critérios *Engel*”). É verdade que este termo médio da premissa maior já foi o centro das atenções na investigação anterior, contudo, nesta fase, procurar-se-á apreender a relação estabelecida entre uma específica modalidade de confisco (termo menor) e os critérios utilizados pelo TEDH (termo médio).

²⁴³ Distinta sistematização do confisco é utilizada por Anna Maria Maugeri. A Autora divide a jurisprudência do TEDH relativa ao confisco de acordo com as seguintes modalidades: *confisca senza condanna* (dentro desta subdivide o regime em *confisca de prevenzione* e *civil forfeiture*); *confisca allargata*; *confisca nei confronti dei terzi*; e, por fim, *confisca in materia di lottizzazione abusiva*. Vd. ANNA MARIA MAUGERI, “La tutela della proprietà nella CEDU e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca”, in M. Montagna (org), *Sequestro e confisca*, Giappichelli editore, Turim, 2017. Verifica-se que a Autora opta por tratar a última modalidade de confisco (*confisca in materia di lottizzazione abusiva*) separadamente do tratamento do confisco sem condenação. Esta opção não terá por detrás um argumento suficientemente forte para que uma opção contrária de sistematização se apresente destituída de fundamento válido.

É do resultado do estudo desta relação que sairá a fundamentação da resposta à pergunta “Esta modalidade de confisco tem natureza penal?”, que consubstancia a conclusão do processo silogístico.

§ 106. Do pensamento anterior, partiu-se da premissa de que o termo médio (os critérios utilizados) é uma variável constante, como exige necessariamente esse tipo de argumentação lógica. Quer isto dizer que o TEDH, no que tange à relação existente na premissa menor, se manteve fiel à anteriormente perscrutada jurisprudência respeitante aos critérios, i.e., ao termo médio na premissa maior.

Sem embargo, de forma a procurar sustentar (ou não) a premissa de que se parte, não se deve deixar de avaliar se o TEDH, quando confrontado com uma modalidade de confisco, continuou a socorrer-se dos critérios *Engel*, para assim se analisar o *se* da aplicação daqueles critérios. Colocando a ênfase neste termo médio, importa ainda perceber o *como* e o *quando* dessa aplicação, de forma a verificar se existe uma consolidada teoria na utilização de critérios pelo TEDH em casos de confisco, bem como se ela se identifica com a técnica *Engel* previamente analisada, consagrada na premissa maior (critérios *Engel*).

§ 107. Para além disto, constitui objectivo da investigação dos acórdãos do TEDH relativos ao confisco perceber como é que o Tribunal, depois de escolher os critérios, andou no momento de os preencher. Ou seja, um dos objectivos aqui será precisamente o de saber como é que o TEDH relacionou a dialéctica estabelecida na relação entre o termo médio (critérios *Engel*) e o termo menor (modalidade de confisco).

Deste modo, não só se tentará conhecer a resposta do TEDH à pergunta “Que critérios aplica o TEDH e como é que os utiliza para identificar a natureza penal de uma específica modalidade de confisco?” (pergunta atinente à premissa maior), bem como ainda se procurará obter uma outra relativa à seguinte pergunta: “Esta específica modalidade de confisco tem natureza penal?” (pergunta relativa à premissa menor e à conclusão do silogismo).

§ 108. Um dos objectivos neste momento é o de saber se o TEDH considera que uma certa modalidade de confisco é penal, ou seja, se os arts. 6.º, n.ºs 2 e 3, 7.º, e art. 4.º do Protocolo n.º 7, todos da CEDH, se aplicam ao caso, e não o de saber se, no caso de se aplicarem, se estas disposições foram violadas ou não. Sem embargo, para efeitos de sistematização, e em jeito de aproveitamento, por ser mais adequado à estruturação do

pensamento, nos casos em que o TEDH concluir que a modalidade de confisco em causa tem natureza penal, avançar-se-á com a sua decisão relativa à (não) violação daquelas disposições normativas.

§ 109. Se o predito se justifica por razões de oportunidade, o mesmo já não se dirá em relação à jurisprudência do TEDH relativa ao confisco e ao direito da propriedade (art. 1.º do n.º 1 da CEDH – doravante designado por P1-1). O facto de a aplicação desta disposição, bem como da sua possível violação, não estar directamente relacionado com a identificação da natureza penal de uma modalidade de confisco, que constitui o objecto desta análise, fará com que esse estudo não seja aqui desenvolvido. Tal não significa que, quando se mostrar oportuno, não se exponha o entendimento do TEDH sobre a aplicação do P1-1.

2.1. O confisco clássico

2.1.1. O confisco clássico de bens do agente

Casos	1.º Cr. Engel	2.º Cr. Engel	3.º Cr. Engel	Cr. da sequência	Cr. da nat. processo	Cr. da culpa	Cr. do órgão	Conclusão
Paraponiaris	-	-	-	-	-	-	-	Penal
-	Não aplicado		Aplicado e não preenchido		Aplicado e preenchido			

§ 110. O caso *Paraponiaris*²⁴⁴ disse respeito a uma modalidade de confisco que se dirigiu contra o proprietário dos bens confiscáveis que praticou factos susceptíveis de configurarem a prática de um crime.

Num processo penal, Paraponiaris foi suspeito de ter contrabandeado produtos petrolíferos. Não foi, no entanto, condenado porque o procedimento criminal foi declarado extinto por prescrição. Na sequência, não obstante a não condenação por prescrição, o Estado grego decidiu aplicar-lhe uma “sanção pecuniária” (“*χρηματική ποινή*”) de cerca de € 54.000,00, tendo por base os factos ilícitos-típicos criminais (crime de contrabando) pelos quais ele havia sido perseguido penalmente, já que foi “objectivamente”²⁴⁵ demonstrado que ele os havia cometido, só não tendo havido condenação por causa da verificada prescrição.

²⁴⁴ Acórdão TEDH *Paraponiaris v. Greece*.

²⁴⁵ *Ibidem*, § 7.

O objecto sobre o qual se debruçou o TEDH foi, por isso, o confisco do valor dos bens de contrabando na sequência de uma absolvição pela prática de factos ilícitos-típicos relacionados com o contrabando.

§ 111. Aos olhos do TEDH, independentemente da finalidade do processo penal em análise, esta medida tinha natureza penal por ter que ver com a prática de factos ilícitos-típicos criminais (para o Estado grego aqueles actos criminosos foram efectivamente cometidos por Paraponiaris), o que equivalia à determinação da sua culpa fora de um processo justo e equitativo. Por assim ser, considerou-se violado o princípio da presunção de inocência insito no art. 6.º, n.º 2, da CEDH.²⁴⁶

Da actividade do Tribunal, num primeiro momento, resulta que nenhum dos critérios *Engel* foi utilizado para apurar a natureza penal da consequência aplicada a Paraponiaris. Quanto a eles nada foi expressamente dito. Todavia, num olhar atento, se se disse que a medida era penal *independentemente* da sua finalidade, descortina-se um afastamento implícito de dois dos subcritérios do segundo critério *Engel*, *sc.* a função (punitiva) da medida e a sua finalidade.²⁴⁷

Na verdade, para o TEDH nem sequer esteve em causa uma identificação da natureza penal da consequência em crise. Há que reconhecer, então, que quanto aos critérios e à sua aplicação, este Acórdão pouco acrescenta. A mera constatação de que eles não foram utilizados já seria algo possivelmente digno de nota numa qualquer teoria sobre a escolha e aplicação de critérios. Para além disso, importará ainda reter a implícita declaração de irrelevância dos subcritérios do segundo critério *Engel* supramencionados. Embora não seja uma necessária conclusão, o facto de se ter considerado violado o princípio da presunção de inocência pode ser indício de que o TEDH considerou que a medida aplicada tinha natureza jurídico-criminal, não obstante não se saber porquê.

§ 112. Retirando os filtros que procuram pelos critérios, o caso *Paraponiaris* reveste interesse quando em questão está a validade de uma modalidade de confisco, sendo de reter duas ideias no que respeita à aplicação do princípio da presunção de inocência: *i)* a linguagem utilizada pelo Estado não deve criar a ideia de que uma pessoa praticou ilícitos criminais culposamente, sem que a sua culpa tenha sido verificada previamente num processo justo e

²⁴⁶ *Ibidem*, § 33.

²⁴⁷ *Ibidem*, § 33, “*Dans le cas d’espèce, la Cour note que nonobstant la fin des poursuites pénales engagées contre le requérant, celui-ci fut pourtant qualifié comme ayant «objectivement» commis l’infraction dont il était accusé et écopa d’une peine pécuniaire*”

equitativo²⁴⁸; ii) o princípio da presunção de inocência aplica-se a quaisquer processos (administrativos ou judiciais) instaurados a uma pessoa após a sua absolvição penal, quando em causa estejam os mesmos factos.²⁴⁹

Constata-se, por isso, uma produção de efeitos do princípio da presunção de inocência noutros processos que não aquele de onde brotou essa garantia, desinteressando, por isso, para o resultado da (in)validade da consequência, saber se a ela é ou não é penal.

2.1.2. O confisco clássico de bens de terceiros

Casos	1.º Cr. Engel	2.º Cr. Engel	3.º Cr. Engel	Cr. da sequência	Cr. da nat. processo	Cr. da culpa	Cr. do órgão	Conclusão
Agosi	-	-	-	-	-	-	-	Não Penal
Air Canada	-	-	-	-	-	-	-	Não Penal
Yildirim	-	-	-	✘	-	-	-	Não Penal
Dassa	✘	✘	✘	✘	-	-	-	Não Penal

-	Não aplicado	✘	Aplicado e não preenchido	✓	Aplicado e preenchido
---	--------------	---	---------------------------	---	-----------------------

§ 113. No *caso Agosi v. Reino Unido*²⁵⁰, o TEDH debruçou-se sobre o confisco de bens contrabandeados (*objectum sceleris*) pertencentes a um terceiro alheio ao crime.

A empresa alemã Agosi vendeu moedas de ouro (“*Kriigerrands*”) no valor de £ 120.000,00 a dois indivíduos britânicos (X e Y). No seguimento, tentaram entrar de carro com elas no Reino Unido sem para tal terem a necessária licença de importação de ouro e sem terem pagado as taxas devidas para o efeito. X e Y foram condenados criminalmente por importação ilegal e viram o carro e as moedas serem arrestados preventivamente e posteriormente confiscados. Porque X e Y não haviam pagado as moedas a Agosi, a propriedade nunca deixou de ser desta, sendo ela um terceiro para efeitos desse caso e um terceiro totalmente alheio à prática do crime.

O objecto da questão perante o TEDH era o confisco de bens contrabandeados de terceiro inocente.

²⁴⁸ *Ibidem* § 30.

²⁴⁹ Aquilo de que nos apercebemos é da difícil compatibilização entre esta jurisprudência e a doutrina portuguesa que defende a consideração de que o requisito “atividade criminosa” é pressuposto de aplicação da perda alargada em Portugal e de que, por isso mesmo, carece de prova (cfr. § 14 desta monografia).

²⁵⁰ Acórdão TEDH *Agosi v. The United Kingdom*, Proc n.º 9118/80, de 24.10.1980.

§ 114. O TEDH decidiu que o P1-1 não foi violado porque era uma medida suficiente e proporcional para controlar o uso da propriedade, já que ao longo do processo judicial houve oportunidades para o comportamento da proprietário Agosi ser avaliado judicialmente (dever de cuidado para com o exercício desse direito de propriedade - um dos critérios a ponderar aquando da decisão sobre proporcionalidade da restrição, embora não o único²⁵¹, segundo o TEDH).²⁵²

§ 115. Sobre a natureza penal da medida em crise, o TEDH considerou que o confisco dos bens de Agosi não era uma consequência jurídico-penal e que, por isso, não se aplicava o disposto no art. 6.º, n.º 2, da CEDH.

Na verdade, para justificar esta não aplicação, o TEDH não utilizou nenhum critério *Engel*, tendo-se limitado a refutar os argumentos de Agosi para sustentar que não era penal, defendendo mais concretamente que o facto de o confisco ter sido aplicado na sequência de um processo penal contra terceiros não fazia com que ele assumisse essa natureza.²⁵³⁻²⁵⁴

§ 116. No caso *Air Canada v. The United Kingdom*²⁵⁵, o TEDH viu-se confrontado com um caso em que um avião foi arrestado preventivamente após terem sido descobertos cerca de 300 kg. de resina de canábis, traficados por dois funcionários da Air Canada, que viriam a ser condenados por crimes relacionados com a importação de resina de canábis. Por determinação do Reino Unido, o fim do arresto preventivo e a não confiscação do avião estavam dependentes do pagamento de £ 50.000,00 por parte da proprietária Air Canada.

Tal como o caso anterior, está aqui em causa o confisco clássico de bens de terceiro, porém, ao invés do *caso Agosi*, o objecto do confisco não é um bem contrabandeado (*objectum sceleris*), mas sim um instrumento do crime (*instrumentum sceleris*). Outra importante diferença é a de que aqui foi concedida a oportunidade de, sob o pagamento de uma certa quantia monetária, o terceiro recuperar o seu bem.

²⁵¹ *Ibidem*, § 54.

²⁵² *Ibidem*, § 60. Em sentido contrário, *vd.* o voto de vencido do Juiz Pettiti, que considerou haver uma violação do art. 6.º, n.º 1, da CEDH e do P1-1.

²⁵³ *Ibidem*, § 65.

²⁵⁴ *Vd.* GUY STESSENS, *ob. cit.*, pg. 61 e 62, “As a general statement this is undoubtedly true. The mere fact that persons own property that is being confiscated does in itself not necessarily imply that a criminal charge is being brought against them. When, for example, instrumentalities of an offence are being confiscated, that does not necessarily imply that a criminal charge should be brought against the owners who may very well have not been implicated in the offence in any way. Confiscation of proceeds from crime as a matter of fact often implies that the person who is being prosecuted is not the real owner.”

²⁵⁵ Acórdão TEDH *Air Canada v. The United Kingdom*, Proc. n.º 18465/91, de 5.05.1995.

§ 117. Estas diferenças não foram suficientes para que o TEDH, no que respeita aos critérios para apurar a natureza penal, não recorresse à mesma argumentação do *caso Agosi*, decidindo-se pela não aplicação das garantias penais a este caso.²⁵⁶

O confisco de um instrumento do crime pertencente a um terceiro inocente, cuja a aplicação esteja dependente do não pagamento de uma quantia monetária determinada pela Administração, para o TEDH, não é uma consequência jurídico-penal e não viola o P1-1, dada a sua proporcionalidade.^{257 258}

§ 118. No *caso Yildirim*²⁵⁹, a Primeira Secção do TEDH repetiu, em termos gerais, a fundamentação do *caso Air Canada*. Estava em jogo o confisco de um autocarro de um terceiro inocente que foi utilizado por outros no cometimento de crimes relacionados com imigração ilegal.

Tal como em *Agosi* e *Air Canada*, foi evidenciado pelo TEDH que o facto de Yildirim ter sofrido uma limitação no seu direito de propriedade sobre o autocarro não significa que ele tivesse sido acusado criminalmente, nos termos e para os efeitos do art. 6.º, n.ºs 2 e 3, do TEDH.

²⁵⁶ *Ibidem*, § 53. O mencionado no § 52 não se apresenta como o critérios do TEDH para apurar a natureza penal da medida sob análise, mas sim como critérios para distinguir o presente caso do *caso Denver* (vd. Acórdão TEDH *Denver v. Belgium*, onde *Denver* foi obrigado a pagar uma quantia pecuniária para evitar o encerramento provisório do seu estabelecimento, sob pena de se iniciar um processo penal contra *Denver*). Este é o motivo pelo qual que a argumentação utilizada é coincidente com a do *caso Agosi*, com o a própria remissão feita no Acórdão *Air Canada* indica. Sobre o exercício comparativo do TEDH em relação a estes dois casos, importa olhar para o que diz o Tribunal para justificar a aplicação da narrativa por ele usada no *caso Agosi*: “*Bearing in mind that, unlike the AGOSI case, the applicant company had been required to pay a sum of money and that its property had not been confiscated, the Court proposes to follow the same approach.*” Parece que o Tribunal utiliza aqui o argumento *a maiori ad minus* para justificar a submissão deste caso à regra de *Agosi*. Isto porque, se se justifica a aplicação de uma regra a um caso que se mostra diferente (“*unlike*”), a conclusão que daqui podemos retirar é a de que, para o TEDH, a severidade da medida aplicada no *caso Air Canada* é menor do que em *Agosi*, logo deve seguir-se a mesma abordagem deste último.

²⁵⁷ *Ibidem*, § 47, “*Finally, taking into account the large quantity of cannabis that was found in the container, its street value (...) as well as the value of the aircraft that had been seized, the Court does not consider the requirement to pay £ 50,000 to be disproportionate to the aim pursued, namely the prevention of the importation of prohibited drugs into the United Kingdom.*”

²⁵⁸ Em sentido totalmente contrário avançaram os juízes Martens e Russo, para quem o confisco de um instrumento de um terceiro viola o P1-1 sempre que não for estabelecida uma relação prejudicial entre o comportamento do proprietário, *maxime* da pessoa responsável pelos bens, e a violação de uma norma legal: “*There is no room for a margin of appreciation here. Confiscating property as a sanction to some breach of the law - however important that breach may be and, consequently, however weighty may be the general interest in preventing it by severely penalising the offence - without there being any "relationship between the behaviour of the owner or the person responsible for the goods and the breach of the law" is definitely incompatible both with the rule of law and with the right guaranteed in Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)*” (voto de vencido dos Juízes Martens e Russo no Acórdão *Air Canada*, § 5). Assim também GUY STESENS, *ob. cit.*, pp. 64 e 65.

²⁵⁹ Acórdão TEDH *Yildirim v. Italy*, Proc n.º 38602/02, de 10.04.2003.

§ 119. A ausência dos critérios *Engel* subsistiu aqui. E essa ausência manteve-se ainda em relação ao momento de avaliar se se havia violado o disposto no art. 7.º da CEDH. Para afastar a aplicação deste artigo, o TEDH declara que para se estar perante uma consequência jurídica de natureza penal é necessário que ela seja aplicada *na sequência* de uma *condenação penal*, sendo que, no caso, *Yildirim* não foi declarado culpado de ter cometido qualquer crime, tanto é que, como se concluíra em relação ao art. 6.º, n.ºs 2 e 3, do TEDH, nem sequer houve uma acusação penal contra ele.²⁶⁰

Enquanto de *Agosi* e *Air Canada* apenas ficou a ideia de que o facto de o confisco ter sido aplicado na sequência de um processo penal contra terceiros não faz com que ele assumira essa natureza, em *Yildirim* vai-se mais longe e avança-se com um critério. Da jurisprudência daqueles dois casos, e dado o silêncio do TEDH, poderia formular-se várias hipóteses em relação ao critério escolhido. Aquela que intuitivamente e em primeiro lugar surge é a que corresponde à asserção segundo a qual só é penal a consequência aplicada a uma pessoa na sequência da sua condenação. Contudo, é notório que esta conclusão não se extrai necessariamente daqueles dois primeiros casos.

Em *Yildirim*, como verificado, o critério coincide com a hipótese acabada de formular, o que pode fazer crer que foi esse o critério utilizado em *Agosi* e *Air Canada*.

De acordo com a jurisprudência deste caso, para ser penal basta que a medida tenha sido aplicada a uma pessoa *na sequência* da sua *condenação penal*.

§ 120. Este critério será aqui denominado de *critério da sequência*.

A sua manifesta diferença em relação aos critérios *Engel* força a autonomização e a sua exclusão do conjunto *Engel*, nem que seja por não ter surgido no Acórdão *Engel* ou em outra decisão que o complementasse. A sua definição mostra a olho nu que dele não fazem parte quaisquer considerações em torno da classificação nacional (primeiro critério *Engel*), da natureza da infracção (segundo critério *Engel*) ou da natureza e severidade da sanção (terceiro critério *Engel*), bem como em torno de qualquer um dos subcritérios destes critérios.

²⁶⁰ *Ibidem*, “The Court must first determine whether the confiscation in question constituted a “penalty” within the meaning of Article 7 § 1 of the Convention. The wording of that provision indicates that the starting-point in any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in issue is imposed following conviction for a “criminal offence” (see *Welch v. the United Kingdom*, judgment of 9 February 1995, Series A no. 307-A, p. 13, § 28). In the present case the applicant had not previously been found guilty of any criminal offence by the Italian courts. Moreover, the Court has just found that the proceedings relating to the seizure and confiscation of the bus did not concern a “criminal charge” against the applicant. Accordingly, it cannot be concluded that the confiscation in issue involved a finding of guilt subsequent to a criminal charge; it therefore did not constitute a “penalty” within the meaning of Article 7 of the Convention.”

§ 121. A opção em relação à sua denominação foi feita por vários motivos: *i)* o recurso a um dos termos da sua definição pode potenciar, por identificação, uma mais rápida apreensão do seu sentido; *ii)* o termo “sequência” consagra em si mesmo uma ideia de relativização, característica que faz parte do próprio conteúdo do critério (consequência relativizada com uma condenação); *iii)* em simultâneo, o termo escolhido expressa uma sucessão cronológica, que se apresenta também como parte da essência do próprio critério, assim se expressando a ideia de que o tempo (o momento) é seu requisito; *iv)* optou-se por não acrescentar à expressão uma referência a uma condenação ou a uma declarada responsabilidade penal, de forma a abrir o critério às várias orientações que lhe possam ser dadas, não o amarrando, assim, por ex., a uma ideia de exigência de uma *formal* condenação; *v)* para além disso, esta exclusão não potencia uma confusão com qualquer outro critério que pudesse ter um nome semelhante; *vi)* confessa-se ainda que esta opção se deveu também a razões de ordem prática, na medida em que é mais simples recorrer a expressões menos compostas.

§ 122. Recaindo sobre a sua definição, com *Yildirim* ele apresentou-se da seguinte forma: tem natureza penal a consequência jurídica que seja aplicada a uma pessoa *na sequência* da sua *condenação* pela prática de um facto ilícito-típico criminal (“*any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in issue is imposed following conviction for a “criminal offence”*”).²⁶¹

A forma como o Tribunal aplicou o critério permite densificá-lo um pouco mais.

O caminho para dar o critério como não preenchido foi percorrido sem o acompanhamento de subcritérios que o corporizassem. Esta ausência faz crer que para o requisito *sequência* se dar como preenchido é suficiente que a medida seja aplicada *por ocasião* de uma condenação penal, revestindo-se desta forma como um critério que atenta ao carácter formal da consequência jurídica.

§ 123. Já no que respeita ao requisito “condenação penal”, dele pouco se ficou a saber, pelo que ainda não há elementos suficientes para saber se, por ex., se exige a sua expressa concretização numa decisão penal (condenação *formal*) ou se é suficiente uma mera declaração de que uma pessoa cometeu crimes (condenação *substancial*).

Em suma, de *Yildirim*, deve reter-se três ideias principais: *i)* o critério da sequência foi aplicado; *ii)* nos seus termos, terá natureza penal a medida aplicada *por ocasião* de uma

²⁶¹ Como em nota anterior.

condenação do agente a quem a medida é imposta; *iii*) e, por fim, este critério aplicado sobre o confisco clássico de um instrumento do crime pertencente a terceiro inocente desemboca no reconhecimento da sua natureza não penal.

§ 124. No caso *Dassa Foundation*²⁶² esteve em causa o confisco de vantagens de terceiro, e já não de *objectum sceleris* ou *instrumentum sceleris*.

O indivíduo Z foi condenado por ter subornado juízes em Itália, após ter recebido montantes pecuniários (transferidos para duas pessoas colectivas suas) pagos por terceiros. Aquele dinheiro foi arrestado preventivamente e posteriormente confiscado a essas empresas pelo Liechtenstein, país onde estavam sediadas.

§ 125. Para verificar a aplicação do art. 7.º da CEDH, o TEDH recorre primeiramente ao critério da sequência, defendendo que o confisco das vantagens não fora imposto na sequência de factos ilícitos praticados pelas sociedades, mas por Z, pelo que não se podia dar por preenchido este critério.²⁶³

O distanciamento jurisprudencial em relação a *Agosi*, *Air Canada* e *Yildirim* deveu-se à opção do TEDH em aplicar também os três critérios *Engel*.

Depois de dar o primeiro critério *Engel* como não preenchido, porque, para o TEDH, Liechtenstein não considerava que a medida era punitiva, também o Tribunal se orientou neste sentido, propugnando que a função da medida era a de retirar as vantagens do crime, cuja finalidade era a de prevenção de perigos e não punitiva, procurando-se garantir com ela que o crime não compensou. O facto de se confinar ao enriquecimento do beneficiário dos crimes fazia dela uma medida mais comparável com o instituto civil da restituição por enriquecimento sem causa do que com uma multa criminal²⁶⁴. Esta argumentação serviu também para fundamentar o não preenchimento do terceiro critério *Engel*.²⁶⁵

Ao invés do que sucedera em *Yildirim*, assiste-se aqui a uma combinação do critério da sequência com os critérios *Engel*, não se tendo limitado o Tribunal a apreciar o (não) preenchimento do critério da sequência. Contudo, apesar de a técnica de apuramento da

²⁶² Acórdão *Dassa Foundation and Others v. Liechtenstein*, Proc. n.º 696/05, de 10 de Julho de 2007.

²⁶³ *Ibidem* p. 17.

²⁶⁴ O Tribunal preocupou-se ainda em distanciar este caso do caso *Welch* (Acórdão TEDH *Welch v. The United Kingdom*), nos quatro elementos agravantes enfatizados neste caso. Por consequência, plasmou-se que *i*) o confisco se restringia apenas ao enriquecimento objectivamente determinado; *ii*) não existiam presunções sobre a origem das vantagens; *iii*) a culpa do beneficiário não influenciava a medida do confisco; *iv*) não existia pena subsidiária de prisão no caso de não pagamento (Acórdão *Dassa Foundation and Others v. Liechtenstein*, p. 18).

²⁶⁵ Acórdão *Dassa Foundation and Others v. Liechtenstein*, p. 19.

natureza ter sido aqui distinta, o resultado foi novamente o mesmo, andando-se no sentido de que o confisco clássico de bens de terceiros, independentemente do tipo de objecto confiscável em questão, não é uma medida de natureza penal.

2.1.3. Síntese

§ 126. Da análise conjunta dos casos *Agosi*, *Air Canada* e *Yildirim* é patente a ensurdecidora ausência dos critérios *Engel*, consubstanciando o caso *Dassa Foundation* a única excepção a esta prática.

Em nenhum daqueles interessou a classificação nacional, a natureza da infracção e a natureza e severidade da sanção, ou qualquer um dos seus subcritérios que, numa prática distinta da proveniente dos critérios *Engel*, podia ser autonomizado e utilizado como critério único e decisivo.

Yildirim e *Dassa Foundation* tiveram em comum o facto de se ter aplicado o critério da sequência.

Apresentou-se um critério decomposto em três requisitos, *sc.* a sanção ou medida, a sequência e a condenação penal, sendo que apenas o segundo deles foi corporizado ao ponto de se afirmar que ele se basta com uma sequência *por ocasião*. Aparentemente, o requisito “sanção” é o ponto de partida do raciocínio operado neste critério. Da operação dos outros dois resulta a natureza daquele primeiro. A racionalidade deste critério parece demonstrar que a consequência jurídica é o ponto de partida e também o ponto de chegada.

Disse-se já também que é a sua diferença em relação aos critérios *Engel* que força a autonomização e a sua absolutização daqueles critérios. Se a isto se acrescentar que ele se revelou decisivo no sentido da decisão em *Yildirim*, porque único critério utilizado, o que lhe confere uma relevância a um nível idêntico ao dos critérios *Engel*, então está reunido o suficiente para o colocar ao lado destes. A circunstância de ele ter surgido num momento posterior faz com que ele seja aqui um *novo* critério que concorre com os critérios *Engel*.

§ 127. Entre eles existe uma relação de alternatividade. A conclusão é necessária porque a ausência dos critérios *Engel* em *Yildirim* impossibilita uma técnica cumulativa. O TEDH, até então, seguiu um de três percursos: *i)* não utilizou quaisquer critérios *Engel* (*Paraponiaris*, *Agosi* e *Air Canada*); utilizou apenas o critério da sequência (*Yildirim*); utilizou o critério da sequência e os critérios *Engel* (*Dassa Foundation*).

Se o caso *Yildirim* não tivesse conhecido a luz do dia, através de *Dassa Foundation* não seria possível retirar uma conclusão no que tange à relação estabelecida entre estes critérios, não se sabendo se chegaria o preenchimento de apenas um dos critérios para que se tivesse considerado a medida como penal (modo alternativo) ou se, pelo contrário, era exigível que todos eles tivessem sido confirmados (modo cumulativo). Contudo, o caso *Yildirim* existiu e o critério da sequência foi o único aplicado, pelo que há informações suficientes para afirmar que existe uma relação de alternatividade entre este critério e os critérios *Engel*.

§ 128. Este critério evidencia uma aplicação mais simples do que a dos critérios *Engel*, já que, por ser apenas um, não levanta problemas de relação no seu interior, desinteressando a questão do carácter alternativo ou cumulativo. Mas não é apenas este o único motivo pelo qual, em relação àqueles, ele reveste maior simplicidade.

Para o critério se dar como preenchido é suficiente que o TEDH verifique se o agente foi confiscado na sequência de uma condenação penal. É a existência ou não dessa condenação e o momento da aplicação da consequência que decide se a medida é penal ou não, revestindo, por isso, um carácter formal e, por isto mesmo, apresentando-se como um critério com um elevado grau de objectividade.

É verdade que não se sabe ainda como se preenche o requisito “condenação penal” e que uma possível orientação no sentido da desnecessidade da verificação de uma *expressa* condenação é apta a abater aquele grau de objectividade. Todavia, mesmo que assim fosse, este circunstancialismo não tem força suficiente para o baixar do escalão do elevado grau de objectividade. Senão veja-se que aquilo que os separa pode ser um formalismo (condenação *formal* ou *substancial*).

Tendo em conta a fundamentação utilizada em *Yildirim* e *Dassa Foundation*, estas últimas asserções partem da premissa de que o critério da sequência tem por fundamento uma *sequência formal*, porque para ele estar preenchido é suficiente que a medida seja aplicada *por ocasião* da condenação penal do confiscado. Relembre-se de que nestes dois casos foi suficiente a verificação da inexistência de uma condenação penal do confiscado para se dar o critério como não preenchido. É, portanto, neste sentido e outro dos motivos que faz da aplicação deste critério mais simples do que a dos critérios *Engel*.

§ 129. Um símbolo desta simplicidade está representado também na terminologia desta modalidade de confisco de *terceiro* representada nestes dois casos.

O fundamento da classificação de uma pessoa como um “terceiro”, tal como deriva da sua essência ordinal, está umbilicalmente ligado a uma ideia de relação na sua forma mais básica que é constituída apenas por dois entes, sendo que todos aqueles que a ela não pertencem, porque estão de fora, porque lhe são estranhos e alheios, são vistos como terceiros naquela relação.

Ora, se imediatamente se identifica que o sujeito confiscado é um terceiro em relação aos factos criminosos e que, por conseguinte, está em causa uma modalidade de confisco de bens de terceiro, de acordo com o critério da sequência, essa modalidade de confisco não terá natureza penal. Se ele é um terceiro em relação aos factos, não foi avaliada a sua responsabilidade penal. Neste sentido, e como estas decisões comprovam, de acordo com a aplicação do critério da sequência, todas as modalidades de confisco de bens de terceiro não são medidas de natureza penal.

Pela mesma ordem de ideias, partindo da premissa de que o requisito “condenação penal” apenas exige uma mera declaração da prática de um facto ilícito-típico (condenação *substancial*), a aplicação única deste critério faz com que todas as modalidades de confisco que recaiam sobre um proprietário declarado responsável pela prática de ilícitos-típicos criminais (ou seja, todas as modalidades que não sejam de bens de terceiro) sejam de natureza penal.

Ao mesmo tempo, e prosseguindo esta linha de raciocínio, no caso em que não se conclua que o sujeito confiscado praticou factos ilícitos-típicos criminais, a medida assumir-se-á como medida de natureza não penal, porque não foi imposta *por ocasião* da efectiva prática de factos ilícitos-típicos criminais por parte do confiscado.

Por conseguinte, da utilização do critério da sequência resulta uma necessária desigualdade de tratamento em relação aos proprietários de bens condenados penalmente e aos proprietários de bens não condenados penalmente, aparentemente gozando os primeiros das garantias penais da CEDH, mas já não os segundos, como comprovam os desfechos dos casos sob análise.

§ 130. Para a aplicação deste critério desinteressa, então, saber qual a natureza do bem confiscado (bem contrabandeado, instrumento ou vantagem)²⁶⁶, já que um dos elementos centrais do critério é o proprietário do bem e não a natureza do objecto ou o fundamento da modalidade de confisco.

²⁶⁶ De que são elementos bastante demonstrativos os Acórdãos *Agosi* e *Air Canada*, nos quais foi aplicado o critério da sequência que desembocou em idênticos resultados, independentemente de em causa estarem bens de diferente natureza, *sc. objectum scekeris* e *instrumentum scleris*, respectivamente.

Recorreu-se ao plural quando se disse que havia mais do que um elemento central porque apesar de o sujeito ser um deles, por força da lógica inerente à importância do sujeito, a essência do critério da sequência será constituída (também) pelo concreto facto criminal que necessariamente só conhecerá a luz do dia por acções ou omissões de pessoas, momento em que surge então o sujeito como elemento preponderante deste critério ao lado do facto ilícito-típico. Ou seja, o critério da sequência é um critério centrado na prática de um facto ilícito-típico criminal, sendo *por sua ocasião* que se aplica o critério.

Contudo, esta afirmação anterior precisa de uma limitação, dado que não é qualquer facto ilícito-típico que desemboca no preenchimento do critério, mas apenas aquele pelo qual uma pessoa tenha sido condenada. Esta conjugação de elementos (sujeito, facto e “condenação”) pode, então, ser comprimida numa só expressão que é a “responsabilidade penal”, que os consagra em si mesma como parte da sua essência, já que só existe responsabilidade penal se tiver havido um *facto criminal típico, ilícito e punível* praticado por um *sujeito* que foi *condenado* por esse facto.

Sintetize-se o predito do seguinte modo: o critério da sequência tem como elemento central uma concreta *responsabilidade penal*, determinando-se o seu preenchimento em função de a consequência sob categorização ter sido aplicada *por ocasião* dessa responsabilidade. Se se associar o critério ao domínio do confisco de bens, então especifica-se que o critério da sequência passa a assumir como elemento central a *responsabilidade penal* do *proprietário dos bens* que sejam confiscados *por ocasião* dessa responsabilidade.

2.2. A perda alargada

Casos	1.º Cr. Engel	2.º Cr. Engel	3.º Cr. Engel	Cr. da sequência	Cr. da nat. processo	Cr. da culpa	Cr. do órgão	Conclusão
Welch	-	✓	-	✓	-	✓	-	Penal
Phillips	✗	-	-	-	✗	-	-	Não Penal
Van Offeren	✗	-	-	-	✗	-	-	Não Penal
Geerings	-	-	-	✓	-	-	-	Penal

-	Não aplicado	✗	Aplicado e não preenchido	✓	Aplicado e preenchido
---	--------------	---	---------------------------	---	-----------------------

§ 131. No *caso Welch*²⁶⁷ é a perda alargada a protagonista.

²⁶⁷ Acórdão TEDH *Welch v. The United Kingdom*.

Condenou-se Welch a 22 anos de pena de prisão por tráfico de droga e, no seguimento, nos termos da presunção legal contida na Secção 2 (3) da *Drug Trafficking Offences Act* (“*the 1986 Act*”), confiscaram-se cerca de £ 66.000,00, cuja falta de pagamento implicava o cumprimento de dois anos de pena de prisão subsidiária. Segundo a presunção ali contida, os bens na posse do condenado, ou os que estiveram na sua posse nos 6 anos precedentes à instauração do processo penal, ou ainda as dádivas feitas por ele durante esse período eram, presumidamente, vantagens de crimes de tráfico de droga por ele praticados. Em contraste com o regime de um processo penal, cabia a Welch provar, de acordo com a “preponderância de prova” ou com o “balanço de probabilidades”, que os bens em questão não foram por si obtidos através de tráfico de droga.

§ 132. A primeira questão perante o TEDH era a de saber se esta modalidade de perda alargada possuía natureza criminal nos termos do art. 7.º da CEDH.²⁶⁸

Para tal, primeiramente lançou mão do critério da sequência e chegou à conclusão de que ele se mostrava preenchido, porque a perda alargada havia sido aplicada na sequência da condenação penal de Welch, não ficando ainda a ligação entre a presumida actividade criminosa e as vantagens daí resultantes prejudicada pelo facto de assentarem numa presunção legal.²⁶⁹

Num segundo momento, utilizou-se o segundo critério *Engel* e, embora reconhecendo o TEDH que aquela perda alargada até poderia assumir objectivos meramente preventivos e de feição reparatória, e que estes até podiam ser vistos como elementos constitutivos da própria noção de punição, desfechou-se afirmando que a perda alargada em crise era uma medida punitiva²⁷⁰ e que o art. 7.º da CEDH havia sido violado (princípio da não retroactividade da lei penal)²⁷¹.

A existência da presunção nos termos supramencionados, a sua não limitação a um concreto enriquecimento²⁷², a discricionariedade do ente decisório na determinação da quantia a confiscar, a culpa do agente como factor de medida dessa quantia, bem como a

²⁶⁸ *Ibidem*, § 26.

²⁶⁹ *Ibidem*, § 29.

²⁷⁰ *Ibidem*, § 30.

²⁷¹ *Ibidem*, § 34.

²⁷² Estes dois primeiros subcritérios, *sc.* existência de presunção e apuramento de um concreto enriquecimento, parecem expressar uma mesma ideia. É a dificuldade em apurar de modo concreto o enriquecimento ilícito que está na génese da criação da presunção, por isso, neste caso concreto, a presunção era a verdadeira manifestação da não limitação a um caso concreto. Assim, parece aqui não ter havido duas razões para considerar que aquela perda alargada se assumia como punitiva, mas uma só, a sua não limitação, expressada através daquela presunção.

possibilidade de aplicação de prisão subsidiária, foram os subcritérios que, considerados conjuntamente, sustentaram a decisão do TEDH naquele sentido.

§ 133. A técnica do Tribunal na aplicação do segundo critério *Engel* é um bom exemplo das situações em que, após a análise dos seus três subcritérios, *sc.* infracção com carácter geral, função punitiva da sanção e finalidade de prevenção criminal, ainda permanece a dúvida sobre a natureza da norma, havendo, portanto, a necessidade de chamar outros subcritérios.

Em *Welch*, da aplicação dos subcritérios “função punitiva” e “finalidade de prevenção criminal”²⁷³, resultou a ideia de que a função da medida podia ser punitiva e reparatória, sendo esta, portanto, a própria manifestação da dúvida em relação ao preenchimento do segundo critério *Engel*.

Um aspecto interessante a salientar diz respeito à ideia expressada pelo TEDH segundo a qual objectivos reparatórios e de prevenção de perigos podem ser elementos constituintes de uma medida punitiva²⁷⁴. Motivação que parece, então, esvaziar de sentido a aplicação do subcritério relativo à função da medida, já que nele se parte da premissa contrária que lhe confere razão de ser, *i.e.*, de que aqueles objectivos não pertencem a uma medida punitiva.

Outro aspecto digno de nota está na utilização da aplicação de prisão subsidiária como um argumento que sustenta a natureza punitiva da infracção, ou seja, como um subcritério do segundo critério *Engel*, e não como um critério autónomo, como é o terceiro critério *Engel* (severidade). Aliás, quanto a este diz-se inclusivamente que ele não se apresenta como um critério decisivo, já que muitas medidas que procuram prevenir perigos e que não são penais podem ter um forte impacto na esfera da pessoa.²⁷⁵

§ 134. Sobre o modo de relacionamento entre o critério da sequência e o segundo critério *Engel*, a noção com que se pode ficar é a de que aqui eles não se apresentam como autónomos um em relação ao outro, mas que aquele último faz parte do primeiro, sendo seu

²⁷³ O subcritério “infracção com carácter geral” não foi aplicado. Porém, não quererá isto significar que ele não tenha sido tomado em consideração. Consagrando a norma sob apreensão um tipo de ilícito criminal, a conclusão de que tem carácter geral em princípio será óbvia, motivo que pode ter estado por detrás da sua não aplicação no caso *Welch*.

²⁷⁴ No mesmo sentido, *vd.* Acórdão *United States v. Halper*, 490 U.S. 435, de 1989, “*it follows that a civil sanction that cannot fairly be said solely to serve a remedial purpose, but rather can only be explained as also serving either retributive or deterrent purposes, is punishment*”.

²⁷⁵ Acórdão TEDH *Welch v. The United Kingdom*, § 32.

subcritério, o que parece expressar o pensamento de que não bastava que os bens fossem confiscados apenas *por ocasião* dessa responsabilidade, sendo necessário algo mais – “relevante nessa conexão”²⁷⁶-, momento em que entram em cena os critérios *Engel*.

Independentemente de os critérios *Engel* parecerem aqui apresentar-se sob a forma de subcritérios do critério da sequência, o que daqui resulta é um somatório do resultado da aplicação deste último com a daqueles, daí brotando, por consequência, um modo cumulativo de relacionamento entre eles.

Emerge de *Welch* a ideia seguinte: terá natureza penal a modalidade de confisco que seja aplicada ao proprietário dos bens confiscados *por ocasião* da sua condenação (critério da sequência), desde que tenha natureza *punitiva* (critérios *Engel*).²⁷⁷

§ 135. Pela forma como está construído o critério da sequência em *Welch*, se não for complementado com um outro, qualquer que seja a modalidade de perda alargada sob apreciação, assente ou não numa presunção legal acerca da origem ilícita dos bens, ela terá natureza penal. Isto porque um dos requisitos da perda alargada é a prática de (outros) factos ilícitos-típicos criminais de onde terão provindo as vantagens (o próprio conceito de “vantagem” expressa a ideia de relativização), e neste sentido a perda é aplicada por ocasião de uma responsabilidade, independentemente de ela ser presumida.

O que acaba de se dizer não é novidade, vindo, sim, confirmar a ideia anteriormente exposta segundo a qual, de acordo com o critério da sequência, sempre que uma modalidade de confisco recair sobre o proprietário dos bens a confiscar por ocasião da sua responsabilidade penal (i.e. todas as modalidades que não sejam de terceiro), ela terá natureza penal.

²⁷⁶ *Ibidem*, § 28, “The wording of Article 7 para 1. (art. 7-1), second sentence, indicates that the starting-point in any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in question is imposed following conviction for a “criminal offence”. Other factors may be taken into account as relevant in this connection are the nature and purpose of the measure in question; its characterization under national law; the procedures involved in the making and implementation of the measure; and its severity”.

²⁷⁷ A utilização da expressão “may” (“other factors that may be taken into account”), do § 28 do Acórdão *Welsh*, vinda no seguimento da revelação do carácter fulcral do critério da sequência, leva a crer que a identificação da natureza punitiva da medida era facultativa, servindo apenas os critérios *Engel* para reforçar a argumentação que defende a natureza penal da perda alargada. Contudo, o disposto no § 35 força uma conclusão contrária, na medida em que a violação do art. 7.º da CEDH vem acompanhada de fundamentação relativa somente aos critérios *Engel*, i.e., aos elementos punitivos da sanção (“taking into consideration the combination of punitive elements outlined above, the confiscation order amounted (...) to a penalty”). Por tudo isto, da combinação do § 28 e do § 35 defende-se que aqui, para o TEDH, esses critérios (o da sequência e pelo menos um relativo à função punitiva) tinham de se dar por preenchidos e, assim sendo, eram cumulativos. A corroborar o acabado de dizer, *vid.* Declaração de voto do Juiz Meyer no Acórdão *Welch*, onde se critica a opção do Tribunal em ter recorrido a outros critérios quando o preenchimento do critério da sequência era por si só suficiente para reconhecer a natureza penal daquela medida.

§ 136. Após a determinação da natureza penal da medida em crise, o TEDH partiu para a verificação da sua (in)validade no confronto com o art. 7.º da CEDH. No final, chegou à conclusão de que esta disposição havia sido violada dado o não cumprimento do princípio da não retroactividade da lei penal, já que o Reino Unido aplicou consequências mais restritivas do que as previstas no momento da prática dos factos.²⁷⁸

Por assim ser, a decisão *Welch* não abalou a construção da modalidade inglesa da perda alargada, já que disse respeito apenas a uma escolha de um regime jurídico e não ao seu profundo questionamento. Sobrevive intacto o regime da perda alargada neste Estado, não tendo de ser reajustados os requisitos do modelo, mas meramente o seu âmbito de aplicação.

§ 137. Foi assente precisamente na argumentação do *caso Welch* que Phillips²⁷⁹⁻²⁸⁰ se apresentou perante o TEDH para propugnar que a perda alargada que lhe fora aplicada pelo Reino Unido tinha natureza penal e violava o art. 6.º, n.º 2, da CEDH (para além do disposto no n.º 1 e no P1-1²⁸¹).

Em traços gerais, associa-se, por identidade de muitas variáveis, este caso a *Welch*: Phillips foi condenado numa pena de prisão (9 anos) por tráfico de droga e na perda alargada de cerca de £ 100.000,00, assente na mesma presunção (Secção 2 (3) da “*the 1986 Act*”) e cuja falta de pagamento implicava o cumprimento de uma pena de prisão subsidiária de dois anos.

§ 138. Em sentido oposto em relação ao *caso Welch*, aqui o TEDH não só não utilizou o critério da sequência como o afastou enquanto critério válido para apurar a natureza penal de uma medida.

²⁷⁸ *Ibidem*, §§ 34 e 35.

²⁷⁹ Acórdão TEDH *Phillips v. The United Kingdom*.

²⁸⁰ A argumentação de *Phillips* foi alicerçada numa outra constante no discurso do Lord Prosser no Acórdão do *Privy Council* relativo ao caso *McIntosh v. Lord Advocate*, de 2001, *United Kingdom Privy Council Decisions D 1 R*, e transcrita no Acórdão *Phillips*, § 24, “... By asking the court to make a confiscation order, the prosecutor is asking it to assess the value of the proceeds of the petitioner’s drug trafficking. It is therefore asking the court to reach the stage of saying that he has trafficked in drugs. If that is criminal, that seems to me to be closely analogous to an actual charge of an actual crime, in Scottish terms. There is of course no indictment or complaint, and no conviction. And the advocate depute pointed out a further difference, that a Scottish complaint or indictment would have to be specific, and would require evidence, whereas this particular allegation was unspecific and based on no evidence. But the suggestion that there is less need for a presumption of innocence in the latter situation appears to me to be somewhat Kafkaesque, and to portray vice as a virtue. With no notice of what he is supposed to have done, or of any basis which there might be for treating him as having done it, the accused’s need for the presumption of innocence is in my opinion all the greater... I can see no basis upon which it could be said that [such] assumptions... would not offend against the presumption of innocence, leaving it to the accused to show that these assumptions were incorrect...”

²⁸¹ Disposições consideradas não violadas pelo TEDH (§ 47 e § 54).

Reconhece-se na decisão que, de facto, a perda alargada é imposta na sequência de uma condenação penal e que parte da premissa de que houve responsabilidade penal do visado na prática de outros crimes que não aquele pelo qual houve efectivamente uma condenação²⁸². Contudo, avança-se que esta sequência *por ocasião* em relação ao crime pelo qual se foi condenado (“*old charge*”) é de desconsiderar, porque, segundo o TEDH, o art. 6.º, n.º 2, da CEDH não se aplica após a determinação da culpabilidade do agente, e a perda é aplicada após este acto. Importa, sim, averiguar se essa medida constitui ela própria uma “nova” acusação penal (“*new charge*”) ²⁸³. Para tal, há que recorrer aos critérios *Engel*.²⁸⁴

Depois de considerar não preenchido o primeiro critério *Engel*²⁸⁵, o Tribunal debruçou-se sobre o segundo critério e deu-o como não preenchido também, estatuidando que o objectivo do *processo* não era a condenação ou absolvição de Phillips - tanto é que nem sequer figuraria essa responsabilidade penal no seu registo criminal-, mas sim a mera determinação do montante a confiscar, circunstância análoga à determinação do montante de uma multa ou da duração de uma pena de prisão.²⁸⁶

Evocado o segundo critério *Engel*²⁸⁷, assiste-se a uma reconfiguração do mesmo: a “natureza da infracção” dá lugar à “natureza do processo”, divertindo-se deste modo a atenção da problemática ligação entre os bens (as vantagens) e a sua origem ilícita que habita nos regimes de perda alargada.²⁸⁸

É este o motivo que compele a considerar que, na verdade, o segundo critério *Engel* não foi usado²⁸⁹. Nos moldes em que supostamente foi edificado pelo TEDH, este critério

²⁸² Acórdão TEDH *Phillips v. The United Kingdom*, § 30 e § 33.

²⁸³ *Ibidem* § 30. A decisão plasmada no Acórdão Phillips não foi unânime. Na visão do TEDH no que respeita à “*old charge*” o art. 6.º, n.º 2, do TEDH só se aplica até ao momento em que se dedara o agente como culpado e já não no “*sentencing process*”, daí a analogia feita entre o processo de determinação de uma pena de prisão e o processo de determinação do montante a perder: “*Once an accused has properly been proved guilty of that offence, Article 6 § 2 can have no application in relation to allegations made about the accused’s character and conduct as part of the sentencing process, unless such accusations are of such a nature and degree as to amount to the bringing of a new “charge” within the autonomous Convention meaning...*” (§ 35). Porém, foi este o motivo que levou a que o Juiz Sir Bratza conjuntamente com o Juiz Vajić apresentassem o seu voto de vencido no Acórdão *Phillips*. Segundo eles, o art. 6.º, n.º 2, da CEDH aplica-se a qualquer fase do processo, incluindo o “*sentencing process*”: “*However, as the Court of Appeal pointed out in R. v. Benjafield and Others, the European Court in Minelli emphasised that Article 6 § 2, like Article 6 § 1, “governs criminal proceedings in their entirety irrespective of the outcome of the prosecution and not solely the examination of the merits of the charge”. More specifically, I see a close relationship between cases where presumptions are applied at the trial stage for the purpose of determining a defendant’s guilt of the offence charged and cases such as the present where presumptions are applied after conviction and as part of the sentencing process for the purposes of determining what assets of the defendant are to be regarded as derived from the proceeds of drug trafficking and thus liable to confiscation.*”

²⁸⁴ *Ibidem* § 31.

²⁸⁵ *Ibidem* § 32.

²⁸⁶ *Ibidem* § 34.

²⁸⁷ Apesar de se ter mencionado o terceiro critério *Engel* no Acórdão (§ 33), ele não gozou de aplicação no caso concreto, mesmo estando em causa a aplicação de uma pena de prisão subsidiária de dois anos.

²⁸⁸ Assim também, R. IVORY, *ob. cit.*, p. 250.

²⁸⁹ *Vd. MICHELE PANZAVOLTA, ob. cit.*, p. 39, “*But what do European courts (the ECtHR and CJEU) mean when*

tem por fim verificar se uma consequência jurídica é penal por a infracção ser de carácter geral, por a consequência ser punitiva e por a sua aplicação ter por finalidade a prevenção do crime. Em *Phillips* desligou-se o processo da sua consequência jurídica, não importando saber se a infracção é geral, e se a consequência é punitiva ou previne perigos, mas sim se o processo tem por finalidade conhecer e julgar a responsabilidade penal da pessoa (condenação ou absolvição).²⁹⁰

Não deixa de causar estranheza que se utilize um critério cujo objectivo é determinar a natureza penal de uma consequência jurídica e aparentemente não se utilize a própria consequência como objecto de aplicação do critério. No fundo, de acordo com esta teoria do TEDH está-se a declarar que uma medida é penal porque foi aplicada num processo (cuja finalidade era) penal (condenação ou absolvição), não avançando o Tribunal, porém, com critérios que permitissem saber o porquê de o processo ser penal.

§ 139. Perante a mesma modalidade de perda alargada, em *Welch*, a utilização do critério da sequência e do segundo critério *Engel* (natureza da infracção) desembocou na consideração de que ela era penal e de que o art. 7.º da CEDH foi violado, enquanto em *Phillips*, à lupa do critério da natureza do processo, se chegou à conclusão contrária, afastando-se, por consequência, a aplicação do art. 6.º, n.º 2, da CEDH.²⁹¹⁻²⁹²

Com *Phillips*, deu-se um claro afastamento daquela que vinha sendo a jurisprudência do TEDH nos acórdãos relativos ao confisco até agora analisados. Não restariam dúvidas de que, dada a similitude dos casos, se se tem seguido o critério da sequência aplicado em *Welch*, o sentido da decisão de *Phillips* teria sido idêntico ao daquele. Fica, assim, novamente patente a influência que os critérios usados para averiguar a natureza penal de uma medida

they talk about the second parameter, the “nature of the offence”? It is clear that the formula should not be intended as “nature of the proceedings”.

²⁹⁰ Sem embargo, parece que a consequência jurídica apenas estava encapotada dentro da sua teoria, já que, para sustentar os resultados da aplicação do critério da natureza do processo, se utiliza fundamentação relativa à própria consequência (inscrição no registo criminal). Outro aspecto interessante, e que parece fornecer mais elementos daquela que era jurisprudência do Acórdão *Phillips*, descobre-se no seu § 42, num momento em que se procedia à tentativa de aplicação do art. 6.º, n.º 1, da CEDH, quando o TEDH avança com o subcritério do segundo critério *Engel* relativo ao apuramento do requisito culpa, parecendo servir como fundamento da natureza não penal do processo em causa.

²⁹¹ Não deixa de ser curioso que no § 51 do Acórdão *Phillips*, aquando da verificação da possível violação do P1-1, se considere que a perda alargada constituía uma “penalty”: “As previously stated, the confiscation order constituted a “penalty” within the meaning of the Convention.”

²⁹² O facto de não se ter aplicado o art. 6.º, n.º 2, da CEDH não implicou necessariamente a não utilização do princípio da presunção de inocência no caso. O Tribunal defendeu que o direito à presunção de inocência faz parte da noção de um processo justo e equitativo, nos termos e para os efeitos do art. 6.º, n.º 1, da CEDH. Todavia, considerou que no caso não houve nenhuma violação desta disposição, dado que as garantias do processo foram tidas por suficientes (Acórdão *Phillips* § 40).

têm no sentido de uma decisão. Este resultado desta análise empírica pode ser utilizado como um argumento adicional contra as possíveis vozes que se possam levantar a arguir a falta de relevância prática da presente investigação.

§ 140. Em termos semelhantes foi decidido o *caso Van Offeren*²⁹³, em relação à forma de perda alargada prevista no art. 36.º do Código penal holandês.

Depois de condenado numa pena de prisão de 4 anos e meio por crimes relacionados com o tráfico de droga, e apesar de absolvido pelo crime de tráfico de cocaína, o Estado holandês, num processo separado, considerou que havia elementos probatórios suficientes e que *Van Offeren* havia traficando cocaína e ordenou a perda alargada de cerca de € 160.000,00, cujo não pagamento implicaria o cumprimento de 18 meses de prisão.

§ 141. A jurisprudência do *caso Phillips* foi seguida em *Van Offeren*, no que tange à escolha dos critérios e à sua aplicação e, conseqüentemente, não se aplicou o art. 6.º, n.º 2, da CEDH.

A opção recaiu no recurso ao primeiro critério *Engel* e ao critério da natureza do processo. Partindo-se da premissa de aquela disposição não se aplicava à fase de determinação da medida das conseqüências jurídicas, entendeu o Tribunal que, não obstante o confisco ser aplicado *por ocasião* de uma condenação penal (“*can trigger off*”), a função do processo da perda é apenas a de saber se o agente obteve vantagens patrimoniais com aquela actividade e a de apurar o seu concreto montante. Não estando em causa uma possível condenação ou absolvição por causa da responsabilidade penal que esteve na origem daquele enriquecimento, os critérios utilizados não se deram como preenchidos e a perda não foi vista como conseqüência de uma *nova* acusação.

§ 142. Não se inovando em relação à jurisprudência de *Phillips*, em *Van Offeren* acaba por se densificar um pouco mais aquela corrente jurisprudencial, talvez por causa do elemento que mais distingue os dois processos, que foi o facto de *Van Offeren* ter sido absolvido de um crime que, para efeitos da perda, também esteve na origem das vantagens reclamadas.

O somatório das conclusões de ambos os casos deixa então a ideia de que à perda alargada não se aplica o art. 6.º, n.º 2, da CEDH, se a finalidade do processo não for a da

²⁹³ Acórdão TEDH *Van Offeren v. The Netherlands*, Proc. n.º 19581/04, de 5 de Julho de 2005.

condenação ou absolvição por responsabilidade penal (*Phillips*), *independentemente* de o proprietário ter sido absolvido do crime (ou de uns dos crimes) que sustenta a perda alargada (*Van Offeren*). Ideia que já poderia ser indutivamente extraída do Acórdão *Phillips* e que se vê agora confirmada em *Van Offeren*.

Rapidamente se atesta que esta jurisprudência está em clara oposição com a plasmada em *Paraponiaris*, onde, por ter havido confisco na sequência da prática de factos típicos-ilícitos criminais que já haviam anteriormente desembocado numa absolvição, se entendeu que a medida violava o art. 6.º, n.º 2, da CEDH, por equivaler à determinação da sua culpa fora de um processo justo e equitativo.

§ 143. Em *Geerings*²⁹⁴ voltou o art. 36.º do Código penal holandês à mesa dos juízes do TEDH.

Desta vez, observou-se o regresso à jurisprudência de *Yildirim*, onde o critério da sequência foi o único, e por isso decisivo, critério utilizado. O resultado mostrou que aquela perda alargada violava o princípio da presunção de inocência (art. 6.º, n.º 2, da CEDH).

Como salientado no Acórdão *Geerings*, o caso apresentava algumas diferenças para com o caso *Van Offeren*: não tinha que ver com crimes relacionados com droga (mas, sim, associação criminosa, tentativa de roubo e receptação); não havia a suspeita de que se tinham cometido os crimes de onde provieram as vantagens alvo da perda alargada (pelo contrário, *Geerings* foi absolvido de todos eles); a perda recaía sobre bens que nunca estiveram na sua posse; não foi demonstrada a proveniência ilícita daquelas vantagens.²⁹⁵

Também aqui se seguiu o entendimento de *Phillips* e *Van Offeren* segundo o qual o princípio da presunção de inocência não se aplica à fase de “*sentencing proces*”, porém, como aludido supra, ao contrário daqueles, para se averiguar se se estava perante uma nova acusação, dever-se-ia utilizar o critério da sequência, tal como sucedera em *Welch*.

§ 144. Em *Geerings* considerou o Tribunal que a perda alargada tinha natureza penal e violava o art. 6.º, n.º 2, da CEDH, porque era aplicada na sequência de uma presunção de

²⁹⁴ Acórdão *Geerings v. The Netherlands*, Proc. n.º 30810/03, de 1 de Junho de 2007.

²⁹⁵ *Ibidem* § 44.

culpa no cometimento de crimes pelos quais *Geerings* havia inclusivamente sido absolvido, sem que sequer tivessem as vantagens sido encontradas na sua posse.²⁹⁶⁻²⁹⁷

Rapidamente se percebe que, se um regime de perda alargada parte da premissa de que foram cometidos outros ilícitos-típicos criminais que deram origem às vantagens, então a aplicação do critério da sequência só poderá desembocar na conclusão de que ele não só é de natureza penal como também, a haver presunção, ela será ilegítima²⁹⁸, já que foi aplicado *por ocasião* de uma (presumida – e até, segundo o Tribunal, *in casu* erradamente presumida) responsabilidade penal, independentemente da sua não consagração expressa numa condenação penal.

§ 145. Pelo que se tinha visto até ao momento, persistia a dúvida em torno do preenchimento do requisito do critério da sequência “condenação penal”. De *Yildirim e Dassa Foundation* não se colheram bastantes elementos para reconhecer a teoria do TEDH naquele preenchimento. Este *caso Geerings* parece vir confirmar *Welch*, trazendo avanços no que tange a esta problemática e à tentativa de eliminação do carácter enigmático deste requisito.

Com *Geerings* o critério da sequência preenche-se se uma medida for aplicada *na sequência* de (presumida) responsabilidade penal. Para o seu preenchimento, não é, portanto, necessária a verificação de uma decisão judicial condenatória pela prática do crime que, *por ocasião*, dá origem às vantagens, sendo suficiente que se declare que o confiscado praticou crimes (pelos quais não foi de facto *formalmente* condenado) – condenação *substancial*.

Parece o TEDH, então, apontar o caminho no sentido de se dever considerar que o requisito “condenação penal” se pode plenificar com a mera declaração de responsabilidade

²⁹⁶ *Ibidem* § 47. O argumento da absolvição e o da ausência de demonstração de posse, ao enfraquecerem a presunção da origem ilícita dos bens, parecem servir para sustentar a violação do princípio da presunção de inocência e não para atender à sua (não) aplicação no caso. Até porque deles fica uma ideia de *grau* de uma determinação, uma ideia de proporcionalidade na restrição, e tudo isto parece assentar num momento a jusante do apuramento da natureza, sendo aquela ideia pensada em função precisamente desta natureza e não o contrário. Ao mesmo tempo reconhece-se que a constante tentativa do TEDH em distinguir o *caso Geerings* dos *casos Phillips* e *Van Offeren*, onde não se apurou a possível violação do princípio da presunção de inocência, parece andar no sentido contrário, i.e. de se considerar que aquela argumentação servia para justificar a aplicação daquele princípio. Contudo, em relação a tudo isto, não só nada é dito expressamente pelo TEDH, como não se vê como é que o preenchimento em concreto dos pressupostos de uma presunção poderia servir como critério para apurar a natureza da medida que parte dessa presunção. Assim sendo, o critério da sequência parece ter sido o único critério utilizado na conclusão de que aquela perda alargada tinha natureza penal.

²⁹⁷ Os argumentos do TEDH são coincidentes com os das alegações de *Phillips* e do Lord Prosser no Acórdão do *Privy Council* relativo no caso *McIntosh v. Lord Advocate*. Para tal, *vd.* Acórdão TEDH *Phillips v. The United Kingdom*, § 24.

²⁹⁸ A reforçar a argumentação que fundamentou a violação do art. 6.º, n.º 2, da CEDH, atente-se ao § 48 do Acórdão *Geerings* que nos remete para uma conclusão cristalizada no Acórdão TEDH *Rushiti v. Austria*, Proc n.º 28389/95, de 21 de Junho de 2000, § 31, segundo a qual: “*The Court cannot but affirm the general rule stated in the Sekanina judgment that, following a final acquittal, even the voicing of suspicions regarding an accused’s innocence is no longer admissible.*”

penal (condenação *substancial*). Em *Geerings*, verifica-se que o importante no critério da sequência é averiguar se a medida foi aplicada *por ocasião* dessa *condenação substancial*. Assim sendo, o critério da sequência é reconfigurado.

§ 146. No final das contas, no que respeita ao impacto da decisão *Geerings* no regime jurídico da perda alargada holandesa, verifica-se que as consequências não se revelaram de elevada significância. Os dois principais fundamentos de invalidade do art. 6.º, n.º 2, da CEDH - *i*) não foi, no caso concreto, derrubada a presunção de inocência; e *ii*) aplicação sobre os mesmos factos que desembocaram em absolvição - parecem dizer respeito à concreta aplicação do princípio da presunção de inocência no caso *Geerings* e não tanto à existência dessa presunção no regime de perda alargada holandês.

Tal como em *Welch*, o ajustamento que há que fazer ao regime tem que ver com o âmbito de aplicação do regime: a perda alargada não deve ser aplicada sobre factos pelos quais uma pessoa já foi absolvida. Quer isto significar que esta específica construção de perda alargada holandesa pode subsistir após *Geerings* desde que diminua o seu âmbito de aplicação.

Para além disto, há ainda a outra exigência adicional susceptível de afetar a eficácia deste regime no momento em que o Tribunal declarou que esta modalidade era *inapropriada*²⁹⁹ se recaísse sobre bens que não se soubessem ter estado na posse do confiscado. Por conseguinte, a exigência da prova (para além da dúvida razoável) da posse dos bens confiscáveis também consubstancia uma redução do âmbito da perda alargada. Contudo, esta faz-se ao nível dos bens confiscáveis e não ao nível dos factos, como acontece na anterior limitação.

Por tudo isto, após *Geerings* não surge a necessidade de repensar esta construção de uma modalidade de perda alargada assente numa presunção, bastando a sua afinação, diminuindo o seu o âmbito de aplicação, que, em sentido metafórico, poder-se-ia representar através de uma rede cuja malhagem deveria aumentar de forma a não reter o indesejado.

2.2.1. Síntese

§ 147. Do estudo feito às decisões do TEDH onde em causa esteve a identificação da natureza de distintos regimes de perda alargada, sai reforçada a ideia avançada após a análise dos Acórdãos *Agosi*, *Air Canada* e *Yildirim*, qual seja a de que a técnica *Engel* sofre uma

²⁹⁹ Acórdão TEDH *Geerings*, § 47 (“*inappropriate*”).

desestabilização quando executada pelo TEDH numa decisão de confisco, com excepção do caso *Dassa Foundation*.

O primeiro critério *Engel* apenas aparece em cena, e com curta expressão, nos casos em que o TEDH se decidiu pela natureza não penal da perda (*Phillips* e *Van Offeren*), não sendo aplicado sempre que se decidiu em sentido contrário (*Welch* e *Geerings*).

A parca fundamentação do seu não preenchimento naqueles dois primeiros casos exhibe a noção de que, de facto, ele se apresenta como um mero ponto de partida.

§ 148. A não aplicação do segundo critério *Engel*, enquanto critério para identificar a natureza da infracção, revela-se paradigmática daquela desestabilização.

É *Welch* o único caso onde ele é considerado tal e qual como vinha sendo construído jurisprudencialmente. Atacam-se, todavia, as suas bases, a partir do momento em que as características reparatorias e de prevenção de perigos são passíveis de ser incluídas no conceito de punição, saindo ele muito fragilizado dessa decisão, dada a sua aparente ineficácia na determinação da natureza penal de uma consequência jurídica. Bastante sintomático desta operação é o aparecimento de vários subcritérios (de entre os quais se destacam a severidade da sanção – suposto terceiro critério *Engel*) para sustentar o seu preenchimento, pela aparente inaptidão dos “clássicos” subcritérios (carácter geral, função punitiva e finalidade de prevenção criminal).

Para além de tudo isto, o seu tratamento cumulativo com o critério da sequência parece despi-lo da veste decisiva que ele assume na técnica *Engel*.

Se esta última asserção já podia fazer crer que o segundo critério perdia no confronto com o critério da sequência através da concessão daquilo que pareceu ser um papel co-adjuvante deste último critério, a sua ausência em *Geerings* vem confirmar precisamente isso.

Tal como sucedeu em *Phillips* e *Van Offeren*, não obstante parecer que o segundo critério *Engel* foi usado, no final de contas, não foi, dada a reconfiguração a que foi sujeito, passando até de “natureza da infracção” para “natureza do processo”.

§ 149. A aparição da perda alargada nos domínios judicativos do TEDH trouxe ainda consigo o afastamento do terceiro critério *Engel* como critério apto a verificar a natureza penal de uma consequência jurídica.

Em *Welch* ele perdeu autonomia, na medida em que foi utilizado como subcritério do segundo critério (natureza da infracção). Mas a sua ausência é ainda mais impactante, porque, se ele tivesse sido aplicado em todas estas decisões de perda alargada, em princípio

ele teria sido dado como preenchido. Se se recordar do “*appreciably detrimental test*”, todas as suas condições estariam preenchidas, pelo simples motivo de que se aplicou sempre uma pena de prisão subsidiária no caso de não cumprimento da decisão da perda.

§ 150. Em suma, reconhece-se que a saída de cena, por ex., das infracções do direito contraordenacional e do direito disciplinar levou consigo os critérios *Engel*, trazendo o confisco clássico de bens de terceiros e a perda alargada toda uma nova técnica de aplicação de critérios usada pelo TEDH para descobrir a natureza penal de uma modalidade de confisco. O seu símbolo representa-se através do aparecimento do critério da sequência.

O seu surgimento em *Yildirim* e *Dassa Foundation* e o seu desenvolvimento nos casos de perda alargada são dignos de nota.

Assim que em *Phillips* e *Van Offeren*, tal como em *Welch*, se partiu da premissa de que o art. 6.º, n.º 2, da CEDH não se aplicava à fase “*sentencing proces*”, por consubstanciar um processo análogo, por ex., ao da determinação da medida concreta da pena de prisão, o referente sobre o qual se debruçou o TEDH cristalizou-se numa *nova* acusação e não na *velha* condenação que é requisito da perda alargada.³⁰⁰

Neste sentido, o resultado da aplicação do critério da sequência a um regime de perda alargada será sempre o da natureza penal.

§ 151. Por último, das quatro decisões resulta que a construção dos regimes jurídicos de perda alargada sujeitos à avaliação do TEDH não foi colocada em causa, tendo sido, quando muito, beliscada.

Assinalou-se que *Welch* e *Geerings* houve repercussões apenas em relação ao âmbito de aplicação (*Welch* – redução da factualidade; *Geerings* – redução dos objectos confiscáveis) e não à validade do regime jurídico visto como um todo.

O confisco das vantagens na modalidade de perda alargada sofre, contudo, limitações. O facto de se ter considerado nestas decisões que esta modalidade tinha natureza penal permitiu escutar o TEDH a pronunciar-se acerca do confisco e de princípios do direito penal.

³⁰⁰ *Vd.* JOHAN BOUCHT, “Civil Asset Forfeiture and the Presumption of Innocence under Article 6(2) ECHR”, in Jon Peter Rui / Ulrich Sieber (eds.) *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für Ausländisches und Internationales Strafrecht: Strafrechtliche Forschungsberichte, vol. 146, Duncker & Humblot, 2015, p. 163. “*A criminal confiscation order (even extended confiscation) issued in conjunction with a preceding criminal conviction does not therefore constitute a ‘criminal charge’ per se.*”

Na sequência, soube-se que a perda alargada (cuja função for vista como *punitiva*) deve cumprir com o princípio da não retroactividade da lei penal (*Welch*), não deve ter por objecto bens que não estiveram comprovadamente na posse do sujeito confiscado, nem deve dizer respeito a factos (de onde provieram as vantagens) pelos quais este já foi absolvido.

§ 152. Reparando-se bem, em *Welch*, se se tivesse considerado que a perda alargada não era penal, o desfecho teria sido diferente, ao contrário do que aconteceu em *Geerings*. Em *Welch*, não fora a natureza penal e não se aplicava o princípio da legalidade. Já em *Geerings*, a teoria que excluiu os bens que não estiveram na posse do confiscado parece aplicar-se independentemente da natureza que se atribua à medida (podendo a natureza contribuir aqui, por ex., para efeitos de estalão de prova).

Relativamente à limitação do âmbito relativo aos factos (objecto de absolvição), esta também não parece nascer do problema relativo à natureza penal da medida. Mesmo que em *Geerings* se tivesse concluído que a perda não era uma medida penal, nos termos da jurisprudência de *Paraponiaris*, serviria aquela fundamentação para invalidar a aplicação daquela medida. Quer isto significar que, nesta decisão, o apuramento da natureza não parece ter sido decisivo na determinação da invalidade da medida, ao contrário do que sucedeu em *Welch*.

2.3. A *civil forfeiture*

Casos	1.º Cr. Engel	2.º Cr. Engel	3.º Cr. Engel	Cr. da sequência	Cr. da nat. processo	Cr. da culpa	Cr. do órgão	Conclusão
Butler	-	✗	-	✗	✗	-	-	Não Penal
Webb	-	✗	-	-	-	-	-	Não Penal
Walsh	✗	✗	✗	-	-	-	-	Não Penal
Gogitidze	-	✗	-	✗	-	-	-	Não Penal

-	Não aplicado	✗	Aplicado e não preenchido	✓	Aplicado e preenchido
---	--------------	---	---------------------------	---	-----------------------

§ 153. No início deste século, o regime jurídico da *civil forfeiture* do Reino Unido começou a ser submetido a consecutivas avaliações do TEDH, de que são exemplo os *casos*

*Butler*³⁰¹, *Webb*³⁰² e *Walsb*³⁰³: decisões coincidentes quanto ao resultado (natureza não penal), embora alicerçados em distinta fundamentação.

§ 154. Em *Butler*, num processo de *civil forfeiture*, através do estalão de prova do direito civil, confiscaram-se cerca de £ 240.000,00 encontradas num carro que passava a fronteira, por haver fortes indícios de que esse dinheiro *ia ser* utilizado para o tráfico de droga.

Para sustentar a desaplicação do art. 6.º, n.º 2, da CEDH, apresentaram-se três motivos: *i*) a função da medida é a da prevenção de perigos, porque foi pensada para retirar o dinheiro sujo de circulação (segundo critério *Engel*)³⁰⁴; *ii*) o objectivo do processo não era condenar ou absolver por responsabilidade criminal (critério da natureza do processo)³⁰⁵; *iii*) o confisco não foi aplicado na sequência de uma condenação penal (critério da sequência).³⁰⁶

Ao contrário do que sucedera no *caso Welch*, onde se admitiu que uma medida podia ser simultaneamente reparatória, preventiva de perigos e punitiva, em *Butler* o segundo critério volta a ser utilizado para cumprir a missão para a qual havia sido inicialmente desenhado: afastar do direito penal as medidas não punitivas.

Não só volta a ser clara a ideia de que uma medida não punitiva não tem natureza penal, pelo não preenchimento do subcritério *função* (punitiva) do segundo critério *Engel*, como ainda se vinca expressamente que a *civil forfeiture* não o preenche, por ter uma função de prevenção de perigos.³⁰⁷

§ 155. Este entendimento foi, de seguida, confirmado em *Webb*, onde, num caso substancialmente semelhante ao de *Butler*³⁰⁸, foi afastada a natureza penal da *civil forfeiture* dado o seu carácter de prevenção de perigos.³⁰⁹

Se em *Butler* o segundo critério ganhou expressão ao ser aplicado de acordo com os seus traços originais de *Engel*, em *Webb*, exponenciou-se a sua relevância ao ter sido ele o único critério e, portanto, decisivo, utilizado pelo TEDH.

³⁰¹ Acórdão TEDH *Butler v. The United Kingdom*, Proc. n.º 41661/98, de 27 de Junho de 2002.

³⁰² Acórdão TEDH *Webb v. The United Kingdom*, Proc. n.º 56054/00, de 10 de Fevereiro de 2004.

³⁰³ Acórdão TEDH *Walsb v. The United Kingdom*, Proc. n.º 43384/05, de 21 de Novembro de 2006.

³⁰⁴ Acórdão TEDH *Butler v. The United Kingdom*, p. 9.

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ Assim também, JOHAN BOUCHT, “Civil Asset Forfeiture and the Presumption...”, p. 169.

³⁰⁸ Indisutivamente as disposições normativas do Reino Unido em crise junto do TEDH eram as mesmas, *sc. Section 42 and 43 of The Drug Trafficking Act 1994*.

³⁰⁹ Acórdão TEDH *Webb v. The United Kingdom*, pp. 5 e 6.

Merecedor de reflexão é também o facto de se ter empregado em *Butler* o critério da sequência nos moldes de e.g. *Yildirim, Dassa Foundation*, i.e., no sentido de o seu vector relativo à condenação penal exigir, para se mostrar preenchido, uma condenação *formal*³¹⁰. Ao invés do que se viu em *Welch* e *Geerings*, onde se considerou que para ele se dar como preenchido bastava a consideração de que houve responsabilidade penal do proprietário, independentemente da existência de uma condenação *formal*. É de destacar este acontecimento por se revelar sintomático da manutenção da indefinição em torno do preenchimento do requisito “condenação”.

§ 156. Na jurisprudência do TEDH parecem vincar-se duas notórias e dissonantes correntes como resposta à questão que procura saber de que modo há-de ser declarada a responsabilidade penal, se de modo *formal* (*Yildirim, Dassa Foundation* e *Butler*), se *substancial* (*Welch* e *Geerings*).

Nos termos de *Yildirim* e *Dassa Foundation* a consequência natural da aplicação do critério da sequência foi a declaração de que o confisco de terceiros não era penal porque eles não foram condenados, então, de acordo com *Butler*, também qualquer modalidade de *confisco non-conviction based* não terá natureza penal, precisamente porque, como o próprio nome indica, não existiu, no momento em que é tida em consideração, nenhuma *formal* condenação penal.

§ 157. Os casos *Butler* e *Webb* representam a *civil forfeiture* imposta sobre proprietários não acusados num processo crime. Por sua vez, em *Walsh*, conhece-se um caso em que a *civil forfeiture* é aplicada na sequência de uma não condenação, não por não ter havido acusação penal (que efectivamente existiu), mas porque desembocou numa absolvição (decisão de mérito).

Depois de ter sido absolvido pelo crime de fraude, o Reino Unido confiscou cerca de £ 70.000,00, por considerar que era mais provável que esse dinheiro constituísse uma vantagem de crime do que não (os factos relativos à absolvição foram desconsiderados para estes efeitos, não sustentando esta *civil forfeiture*).

³¹⁰ Neste Acórdão *Butler*, na fundamentação atinente ao critério de sequência, remete-se para *Agosi* e *Air Canada*. Porém, destes casos não se pode retirar necessariamente a ideia de que aquele critério foi aplicado, já que ali só se avançou com uma argumentação sobre o que *não era* penal e não sobre o que *era* penal. O critério da sequência era, sim, uma hipótese que poderia estar a sustentar aquela argumentação seguida, de modo que a remissão de *Butler* para aqueles casos não se mostra como a mais adequada.

§ 158. Para demonstrar a não aplicação do art. 6.º, n.º 2, da CEDH, o TEDH não recorreu ao critério da sequência. Se o tivesse feito, e nos termos do *caso Butler*, o resultado em princípio seria o de que a *civil forfeiture* não era penal porque em *Walsh* não houve condenação, mas sim absolvição. Serviria este caso de exemplo para a conclusão já avançada em relação ao critério da sequência: a medida aplicada por ocasião de factos que desembocam numa não condenação não é penal.

Em *Walsh* aparentemente aplicaram-se os critérios *Engel* na sua íntegra, deixando o *caso Dassa Foundation* de ser o único processo até então visto onde isso aconteceu.

O Reino Unido classificava a *civil forfeiture* como civil e não penal (primeiro critério) e considerava que a função da medida não era punitiva, mas sim a de recuperar bens cuja origem se pensava ilícita (segundo critério)³¹¹. Posição seguida pelo TEDH e comprovada através da aplicação, e conseqüente não preenchimento, do subcritério “função”, acompanhado ainda pelo critério relativo à culpa.³¹²

Por último, no que respeita ao terceiro critério, apesar de não ter sido preenchido, é de salientar a continuação da jurisprudência do TEDH, qual seja a de que este critério não é por si só determinante na consideração da natureza penal de uma consequência jurídica.³¹³

§ 159. O entendimento recorrentemente sufragado pelo Tribunal de que o primeiro critério *Engel* não passa de um mero ponto de partida, aliado àquele outro que não vê o terceiro critério como decisivo, atribui protagonismo ao segundo critério *Engel*.

Dos *casos Butler, Webb e Walsh* nota-se uma tendência do TEDH em tratar da natureza da *civil forfeiture* através dos decisivos óculos do segundo critério *Engel*. Da sua aplicação nasceu uma outra nota a reter da jurisprudência do TEDH: a *civil forfeiture* é uma medida cuja

³¹¹ Acórdão TEDH *Walsh v. The United Kingdom*, p. 5. Esta última asserção merece uma ressalva, que serve de fundamento para a afirmação de que apenas “aparentemente” o TEDH utilizou os três critérios *Engel* em *Walsh*. O segundo critério é apresentado e densificado de forma ambígua, criando dúvidas acerca da sua utilização. Isto porque o TEDH utiliza um critério para apurar a natureza do *processo* (tal como aconteceu em *Phillips*) e não a natureza da *infração/consequência jurídica*. Contudo, na sua aplicação, a fundamentação apresentada não diz respeito à função do processo, mas sim à função da medida (“*was not punitive or deterrent but to recover assets which did not lawfully belong to the applicant?*”). Apesar de esta conclusão não passar de uma mera hipótese, deve atribuir-se maior peso à densificação do critério do que à sua mera enunciação, pelo que, assim, defende-se aqui que o segundo critério *Engel*, mais concretamente através do seu subcritério “natureza da sanção”, foi um dos critérios utilizados pelo Tribunal.

É interessante ainda constatar que o preenchimento do segundo critério é feito nos mesmos moldes do primeiro, i.e., em função do entendimento do Estado, o que constitui uma novidade em relação àquilo que se tinha vindo a verificar.

³¹² *Ibidem*, “*The Court also notes that there was no finding of guilt of specific offences and that the High Court judge in making the order was careful not to take into account conduct in respect of which the applicant had been acquitted of any criminal offence.*”

³¹³ Como já sucedera, por exemplo, no Acórdão *Dassa Foundation*, p. 18.

função é meramente a de prevenir perigos e, por isso, não é punitiva (não preenchimento do segundo critério).

§ 160. Até ao momento, foi a *civil forfeiture* do Reino Unido o objecto de aplicação dos critérios que servem para a determinação da natureza jurídico-penal de uma medida. O caso *Gogitidze*³¹⁴, por sua vez, tem como protagonista um regime de confisco da Geórgia de bens do agente e de terceiros.

Tal como em *Butler, Webb e Walsh*, esta modalidade é independente de uma condenação penal e desenrola-se num processo separado do processo penal.

Esta modalidade de confisco georgiana é aplicada por ocasião de uma acusação penal contra um funcionário público, por crimes de natureza reiditícia (corrupção, branqueamento de capitais, extorsão, etc.) praticados pelo agente durante o tempo em que desempenhou essas funções. O seu papel é o de confiscar a incongruência patrimonial, concretizada na diferença entre o património efectivamente existente na sua esfera patrimonial e o proveniente dos (lícitos) rendimentos daquela actividade.³¹⁵

Com a criação deste regime, a Geórgia pretendia restaurar a situação patrimonial do confiscado e de terceiros de forma a colocá-los na mesma posição em que estariam se não tivessem enriquecido ilicitamente³¹⁶. Por outras palavras, determinou-se que a sua função era a de eliminar uma situação de enriquecimento ilícito.

Os factos relativos a *Gogitidze*³¹⁷ preencheram os pressupostos acabados de elencar e, na sequência, pelas suas mãos estava submetida esta modalidade georgiana de confisco à avaliação do TEDH.³¹⁸

³¹⁴ Acórdão TEDH *Gogitidze and Others v. Georgia*, Proc. n.º 36862/05, de 12 de Maio de 2005.

³¹⁵ Art. n.º 37, § 1, do Código de processo penal da Geórgia, e art. 21, §§ 4 a 11, do Código do processo administrativo da Geórgia.

³¹⁶ *Ibidem*, §§ 49 a 54.

³¹⁷ *Ibidem*, §§ 7 a 43.

³¹⁸ Sobre a generalidade do Acórdão *Gogitidze*, EUCLIDES DÂMASO SIMÕES e JOSÉ LUÍS TRINDADE, “Recuperação de activos – Confisco sem acção penal – A “*actio in rem*” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, in *Julgat Online*, Março de 2016, disponível em: <http://julgat.pt/recuperacao-de-activos-confisco-sem-accao-penal-a-actio-in-rem-na-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-dos-direitos-humanos/> (consultado em 7.10.2021); Cfr. ainda HÉLIO RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 77 a 79.

§ 161. Desta apreciação enfatizam-se dois entendimentos do Tribunal, plasmados em forma de decisão: *i*) a situação *sub judice* era compatível com o disposto no P1-1³¹⁹; *ii*) o art. 6.º, n.º 2, da CEDH não se aplicava a Gogitidze.³²⁰

Para fundamentar esta última decisão, começa-se por submeter o caso ao critério da sequência. Naturalmente, se não há responsabilidade penal não há outro o outro termo na equação, i.e. não há sequência. O não preenchimento assentou no argumento segundo o qual o processo *in rem* a que Gogitidze foi sujeito não foi aplicado na sequência de um processo penal, pelo contrário, precedeu-o.³²¹

Observa-se o já mencionado reflexo de objectividade que carrega este critério, detendo-se o processo decisório do preenchimento num enquadramento cronológico de dois momentos. Este fenómeno talvez deixe a nu o critério da sequência, revelando-se o tempo como o elemento fundante do critério, estando a natureza penal de uma norma dependente do momento em que a aplicação da medida se relaciona com uma concreta actuação (se lhe precede ou sucede). O processo *in rem* em *Gogitidze* não era penal porque estava *antes* e não *depois* de um processo penal.

Esta precedência levou a que não fizesse sentido para o TEDH seguir a jurisprudência de *Paraponiari* relativa à extensão do princípio da presunção de inocência a processos instaurados após uma absolvição penal. Logicamente, à *La Palisse*, se não existiam processos prévios, deles não podiam brotar as garantias em questão³²². Esta argumentação do TEDH pode ter sido, sim, uma tentativa de excluir a aplicação do princípio da presunção de inocência por via da extensão dos seus efeitos (*Paraponiari*), nascidos de um caso prévio, e não algo utilizado para apurar a natureza penal da medida, i.e. a aplicação dos efeitos daquele princípio nascidos no próprio processo *in rem*.

§ 162. Preponderante para a determinação da natureza foi, sim, o segundo critério *Engel*, que não se deu como preenchido porque, uma vez mais, entendeu o Tribunal que o confisco fruto de um processo civil *in rem* não é punitivo, dado que a sua função é a de prevenção de perigos e/ou compensatória.³²³

³¹⁹ *Ibidem*, §§ 114 a 115.

³²⁰ *Vd.* também Acórdão TEDH *Devadze and Others v. Georgia*, Proc. n.ºs 21727/05, 36588/05, 31135/06 e 48989/09, de 3 de Novembro de 2016, § 27, onde o Tribunal seguiu na íntegra, por remissão, a jurisprudência de *Gogitidze*. É a identidade entre ambos os processos que justifica a desnecessidade de levar a cabo uma análise autónoma do caso *Devadze*, na prossecução dos fins aqui escolhidos.

³²¹ *Ibidem*, § 125.

³²² Como em nota anterior.

³²³ *Ibidem*, § 126.

Neste caso parece que o argumento da sequência e o segundo critério *Engel* não foram concorrentes entre si, tendo cada um deles conhecido funções distintas, apesar de propugnarem pelo mesmo fim: (não) aplicação do princípio da presunção de inocência. Com o fundamento da (não) sequência fechou-se a porta à possível entrada dos efeitos que daquele princípio pudessem advir de outros processos penais (surgimento *por fora*) e com o segundo critério *Engel* vedou-se a possibilidade de ele emergir do próprio processo de confisco, excluindo-lhe a natureza penal (surgimento *de dentro*). Neste sentido, foi este último o critério decisivo para a identificação da natureza penal, não obstante ambos os argumentos terem sido igualmente necessários no afastamento das garantias advenientes do princípio da presunção de inocência.

2.3.1. Síntese

§ 163. Examinadas estas quatro decisões, nota-se uma jurisprudência do TEDH constante quanto ao resultado: esta modalidade não tem natureza penal.

Os caminhos escolhidos não foram idênticos, o que não significa que não se possa descortinar aquilo que é uma técnica padronizada na aplicação de critérios para descortinar a natureza penal de uma consequência jurídica.

A par com *Dassa Foundation*, o *caso Walsh*, de todas as decisões relativas ao confisco de bens, foi o único onde se testaram os três critérios *Engel*. Tendo em conta a proporção destas duas decisões em relação a todas as restantes já escalpelizadas, a técnica *Engel*, que envolvia o emprego dos três critérios, praticamente desaparece quando o TEDH se inclina sobre uma modalidade de confisco, qualquer que seja ela.

Assiste-se a uma tendencial fragmentação da técnica *Engel*. Este constante abandono desta prática, na forma originária em que foi edificada, vista como um todo, acaba por lhe conferir um papel residual na jurisprudência do TEDH relativa às modalidades de confisco já analisadas.

§ 164. Numa apreciação individualizada de cada um dos critérios da técnica *Engel*, no que tange à utilização do primeiro critério, ele apenas apareceu em *Walsh* e apenas como mero ponto de partida, mantendo-se, neste aspecto, fiel às funções atribuídas nas origens de *Engel*.

Presencia-se ainda a um curioso movimento reactivo da jurisprudência do TEDH quando exposta a uma modalidade de confisco que é, ao contrário das restantes já abordadas,

aplicada num momento diferente, ou seja, antes de existir uma condenação penal do confiscado. A mudança de localização do objecto sob avaliação para um momento prévio ao da condenação pode ter aportado a reafirmação do segundo critério *Engel*.

Em todas as quatro decisões, este critério não só foi escolhido como se revelou de mister importância no sentido da decisão. Se bem que proveniente de um raciocínio meramente indutivo, parece existir aqui uma espécie de reconhecimento implícito de que mais importante do que determinar a natureza em função do momento em que a consequência é aplicada é apreendê-la em função daquilo que ela *faz*. Independentemente desta última hipótese, certo é que foi o segundo critério *Engel* o escolhido em detrimento de outros.

§ 165. Desta prática reiterada, o segundo critério *Engel* vem sendo reduzido a um dos seus subcritérios, *sc.* subcritério “função”, parecendo acabar por coincidir integralmente com este. Como já sucedera em *Welch* e *Dassa Foundation*, paulatinamente ele tem vindo a despir-se dos seus restantes dois outros subcritérios (carácter geral e finalidade preventiva criminal), ficando a “natureza da infracção” dependente unicamente da função da consequência jurídica. Assim, perguntar pela natureza da infracção será perguntar pela função da sua consequência.

O resultado da aplicação deste segundo critério foi igual nos quatro casos sob investigação, tendo-se considerado que esta modalidade de confisco não tem natureza penal porque a sua função não é punitiva, mas sim compensatória ou de prevenção de perigos.

Esta consequência é um dos aspectos mais importantes a reter, não naturalmente no que tange à escolha dos critérios, mas em relação ao resultado da sua aplicação.

Esta jurisprudência seguiu, nos mesmos moldes, aquela provinda de *Dassa Foundation*, onde se atribuiu a mesma função a uma modalidade imposta após uma condenação penal, um momento distinto dos quatro casos agora sob escrutínio, que não foi motivo para que as conclusões quanto à função se apresentassem distintas.

Então, o pensamento que resulta da combinação da escolha do segundo critério com o unânime entendimento do TEDH de que a função desta modalidade de confisco é compensatória ou de prevenção de perigos é o de que ela não tem natureza penal.

Para isto não acontecer é necessário que o segundo critério tenha sido combinado com pelo menos outro que se tenha exibido como decisivo por si só na obtenção de uma conclusão distinta (natureza penal). Por ex., se, ao lado daquele, aparecesse o critério da sequência de acordo com a jurisprudência de *Geerings* (que não exige uma condenação *formal*)

e se se entendesse que ele estava preenchido, porque, não obstante não ter havido uma condenação penal, a *civil forfeiture* partia da premissa de que comprovadamente houve responsabilidade penal, que deu origem às vantagens em crise.

§ 166. Não se sabe como é que o Tribunal compatibilizaria, por ex., o não preenchimento do segundo critério com o preenchimento do critério da sequência ou vice-versa, já que sempre que estes dois critérios foram escolhidos conjuntamente (*Dassa Foundation, Welch, Butler e Gogitidze*), ou foram ambos preenchidos (*Welch*) ou não foram (*Dassa, Butler e Gogitidze*).

Pode-se daqui levantar a suposição de que a utilização conjunta tem tido por fim reforçar a argumentação em torno do sentido da decisão, seguindo os critérios de mão dada, não sendo eles, portanto, concorrentes entre si, como aconteceria no caso anteriormente levantado como mera hipótese.

§ 167. Depois do que já foi dito sobre a tendente preponderância do segundo critério *Engel*, voltando as agulhas agora para o terceiro critério *Engel*, não admirará a constatação de que ele aqui foi praticamente esquecido, e, quando, ao invés, foi lembrado (*Walsb*), foi apenas para se mostrar precisamente a sua irrelevância nesta sede.

No seguimento, poderá ser esta a razão que está na *pole position* para sustentar a sua não aplicação. Outra possível razão retira-se da própria essência do critério que, na sua forma original proveniente da edificação *Engel*, também foi talhado para ser aplicado a medidas que pudessem apresentar natureza análoga à sanção privativa da liberdade do direito penal ou que pudessem influenciar a duração de uma pena de prisão (apreciação feita através das três condições “*appreciably detrimental test*”). Ora, em nenhum dos quatro casos esteve em causa uma medida privativa da liberdade (ao invés do sucedido nos casos de perda alargada anteriormente vistos), motivo que ajudará a explicar a sua ausência deste específico contexto.

Esta constatação revela-se sintomática da dependência da escolha deste critério em função do tipo de medida (privativa da liberdade ou não), o que, por consequência, faz com que o *appreciably detrimental test* não sirva para identificar a natureza penal de *todas* as medidas, mas apenas de *algumas* (as privativas da liberdade). Argumentação que pode também estar na origem da jurisprudência do TEDH em relação à afirmação do carácter não decisivo deste critério.

§ 168. Como se tem vindo a perceber, esta evolução da técnica *Engel* no contexto da jurisprudência sobre confisco, que a vem moldando, reduzindo-a a um só critério (o segundo) - que inclusivamente já só depende de um subcritério (“função”), e por isso que com ele coincide -, tem vindo a ser acompanhada por uma outra que diz respeito à solidificação do critério da sequência em sede de apuramento da natureza das modalidades de confisco.

Sempre que o critério da sequência foi o escolhido para apurar a natureza dos regimes de perda alargada das decisões do TEDH aqui perscrutadas, foi dado como preenchido (*Welch e Geerings*). Em oposição, constata-se agora que quando esta escolha foi feita num caso de *civil forfeiture* esta modalidade não assumiu natureza penal (*Butler*). Tudo o que acabou de se dizer é coincidente com aquilo que se esperava que acontecesse: se este critério faz pensar num enquadramento cronológico de momentos e se se dá por preenchido se a medida for imposta por ocasião de responsabilidade penal, então, a *civil forfeiture* não é penal, porque é decidida num momento que precede o apuramento daquela responsabilidade. Daí a consideração de que esta modalidade é independente de um processo criminal.

O mesmo esforço pode ser levado a cabo em relação ao confisco clássico de bens de terceiro: quando aplicado o critério da sequência, ele não se deu por preenchido (*Yildirim e Dassa Foundation*). Por sua vez, ao contrário desta situação, o segundo requisito “responsabilidade penal” não foi preenchido, porque esta responsabilidade era de um terceiro e não do próprio confiscado, como exige o requisito.

Verificou-se ainda um efeito desta jurisprudência relativa à sequência que até então não tinha sido percepcionado, qual seja o de que as garantias do princípio da presunção de inocência nascidas num processo penal não podem ser estendidas a um processo onde se aplique a medida em crise.

Assim sendo, à função de identificação da natureza da medida, parece vir acrescentar-se esta outra, que constitui um motivo de limitação da aplicação da jurisprudência relativa àquela extensão vista em *Paraponiariis*, já que não permite a aplicação daquelas garantias, não por a medida não ser penal, mas porque é prévia a um apuramento da responsabilidade penal.

Tal como em *Welch e Dassa Foundation*, os casos *Butler* e *Gogitidze* têm em comum o facto de se ter utilizado o argumento da sequência e o segundo critério *Engel*. Sem embargo, daqueles dois primeiros casos, não se conseguiu retirar uma conclusão sobre o papel de cada um no sentido da decisão. Parecem eles desempenhar, de modo não concorrente, a mesma função, *sc.* saber se, no caso, o princípio da presunção de inocência se aplica por causa da

natureza penal da medida. Isto porque nesses casos o critério da sequência também foi um critério para identificar a natureza penal de uma medida.

§ 169. Esta “nova” função desta argumentação da “sequência” para a determinação da (não) extensão do princípio da presunção de inocência ao processo avaliado faz com que ela não se deva confundir com o critério da sequência de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica. Não obstante a argumentação em ambas as vertentes ser idêntica, o fundamento da sua utilização é distinto, motivo suficiente para defender a sua não consideração enquanto essência de um verdadeiro critério destinado a descobrir a natureza penal de uma consequência jurídica.

É por tudo isto que o *caso Gogitidze* se apresenta como um interessante caso onde se combinam vários argumentos não unicamente para a determinação da natureza penal de uma medida, mas também para saber, por ex., se o disposto no art. 6.º, n.º 2, da CEDH se aplica ao processo alvo. Partiu esta asserção da premissa de que pode haver uma extensão das garantias desta disposição a outros processos que não aquele de onde elas brotaram (*Paraponiariis*), como foi corroborado em *Gogitidze*.

No final de contas, chega-se à conclusão de que o critério da sequência enquanto critério cujo fim é determinar a natureza penal de uma medida, no âmbito da jurisprudência do TEDH relativa à *civil forfeiture*, não só não se mostrou relevante como foi de escassíssima utilização, já que só em *Butler* e em *Gogitidze*, e com pouca expressão, é que ele operou.

Suporta-se assim a ideia que já vinha sendo erguida, segundo a qual nos processos de *civil forfeiture* há uma clara tendência para se adoptar, com carácter decisivo, o segundo critério *Engel* coincidente com o seu subcritério “função”, emergindo assim um verdadeiro padrão que corresponde à forte associação do (sub)critério *Engel* “função” à *civil forfeiture*.

2.4. A confisca preventiva

Casos	1.º Cr. Engel	2.º Cr. Engel	3.º Cr. Engel	Cr. da sequência	Cr. da nat. processo	Cr. da culpa	Cr. do órgão	Conclusão
Marandino	X	X	-	-	-	X	-	Não Penal
Raimondo	-	X	-	-	-	X	-	Não Penal
Arcuri	-	X	-	-	-	X	-	Não Penal
Riela	-	X	-	X	-	X	-	Não Penal
-	Não aplicado		X	Aplicado e não preenchido		✓	Aplicado e preenchido	

§ 170. Na análise da jurisprudência relativa à modalidade da *civil forfeiture*, foi o regime jurídico do Reino Unido o protagonista do estudo, embora não de modo exclusivo, dada a inclusão do caso *Gogitidze*.

Desta vez, a modalidade do confisco *preventivo* será objecto de investigação exclusivamente através do regime jurídico italiano (*confisca preventiva*), que se revela como o caso paradigmático desta modalidade.

A política criminal italiana cedo optou pela vigência de medidas preventivas com o objectivo de incapacitar os agentes especialmente perigosos³²⁴, deste modo evitando a prática, por estes, de futuros crimes.

Sempre com esta finalidade, num primeiro momento, cingiu-se o regime italiano a medidas restritivas do direito de liberdade, todavia, em 1982³²⁵, a elas vieram juntar-se medidas preventivas de carácter patrimonial, restritivas, portanto, do direito de propriedade, onde se integra a modalidade da *confisca misura preventiva anti-mafia*.³²⁶

Esta modalidade é caracterizada pelo facto de ser aplicada independentemente do apuramento de responsabilidade penal do confiscado, dele não fazendo parte, por isso, o requisito de uma prévia condenação.

Os seus requisitos são: *i*) a suspeita de que o agente pertence a uma organização criminosa (ou, desde 2008, que ele cometeu certos crimes não necessariamente relacionados com a criminalidade organizada)³²⁷; *ii*) uma declaração de *pericolosità sociale* do agente, atinente à probabilidade de cometer crimes no futuro³²⁸; *iii*) uma incongruência patrimonial relativa ao património do agente e ao seu rendimento (lícito).

Confisca-se porque o agente da organização é especialmente perigoso (dois primeiros requisitos) e porque é proprietário de vantagens de proveniência ilícita (terceiro requisito). Este conjunto de circunstâncias cria uma situação que é vista pelo Estado italiano como susceptível de desembocar na prática de futuros crimes.

O fundamento e pressuposto desta modalidade será, por isso, a perigosidade e a sua finalidade será a de prevenção especial, ao inclinar-se sobre o indivíduo, incapacitando-o. É

³²⁴ Cfr. Lei de Itália n.º 1423/1956.

³²⁵ Cfr. Lei de Itália n.º 646/1982, conhecida com o “*Legge La Torre-Rognoni*”.

³²⁶ Este regime introduzido na legislação anti-máfia de 1982 tem vindo a ser alterado com regularidade, de onde ressaltam as reformas introduzidas em 2008, 2009, 2010 e 2011 (Decreto legislativo n.º 159 de 2011, doravante designado por Código Anti-Máfia).

³²⁷ Cfr. arts. 1.º e 4.º do Código Anti-Máfia.

³²⁸ Cfr. arts. 2.º e 6.º do Código Anti-Máfia.

uma medida que pensa no bem “defesa social”, aparecendo como bloqueio à introdução das vantagens ilícitas no circuito económico.

§ 171. Esta específica finalidade faz distinguir esta modalidade da da perda alargada e da *civil forfeiture* pelo motivo de que nestas, sem mais, se confisca simplesmente porque foram obtidas vantagens ilícitas. É certo que entre todas elas há em comum a finalidade última de prevenir a prática do crime, porém, aquela finalidade imediata de acabar com uma situação de enriquecimento é susceptível por si só de, através deste ângulo, elas serem distinguidas.

Assim, no que respeita à sua função no sistema jurídico, não parece a *confisca preventiva* ter a mesma função das modalidades anteriores. Da análise da jurisprudência do TEDH em relação ao confisco de vantagens, nas suas diversas modalidades (clássica, perda alargada e *civil forfeiture*), ficou a ideia de que a função aqui em jogo não era punitiva porque era compensatória (e.g. *Dassa Foundation*, *Phillips* e *Gogitidze*). Concomitantemente, na *confisca preventiva*, se não se confisca somente porque se obtiveram vantagens ilícitas, mas sim por causa disto e porque o agente é especialmente perigoso, então, a função que ela desempenha num sistema jurídico não será, como as outras, de carácter compensatório, mas *meramente preventiva de perigos*.

§ 172. Verifica-se que o fundamento “perigosidade social” contamina a função da *confisca*, deixando ela de servir como ferramenta de combate a um enriquecimento (restitutória) para passar a ser utilizada na luta contra a utilização (prevenção de perigos) das vantagens que consubstanciam aquele ilícito enriquecimento.

A teoria por detrás dela não é, então, a de que o crime *não deve compensar*, mas sim a de que *ele não deve (voltar a) ser praticado*. Não se confisca apenas porque se obteve (proveniência ilícita), confisca-se por isso e porque se pode vir a utilizar esse património (destinação ilícita).

Assim, nestes termos, quanto à sua função, a *confisca preventiva* é uma estratégia de combate à utilização das vantagens tal como é, por ex., a criminalização do branqueamento de capitais. São os seus momentos de intervenção distintos, não seguindo, então, lado-a-lado, mas em “fila”: está a *confisca preventiva* na linha da frente e, no caso de não ser plenamente eficaz, atrás (num segundo momento) o crime de branqueamento, que só intervém quando as vantagens já foram introduzidas (ilicitamente) no circuito económico.

Pode inclusivamente expandir-se o raciocínio e afirmar que o crime de branqueamento de capitais só existe porque a execução do confisco de vantagens,

independentemente da modalidade que assuma, não é cem por cento eficaz, já que, se utopicamente fosse, já não haveria vantagens nas mãos do agente desse crime para este utilizar.

§ 173. Regressando, de novo, ao confronto entre as funções da *confisca preventiva* e da perda alargada, não deixa de ser interessante verificar que estas modalidades acabam por fazer o mesmo: transferem para o Estado vantagens de um agente ou terceiro. Este raciocínio só é possível se o absolutizarmos da finalidade *da aplicação*, ao contrário do que tem vindo a ser a jurisprudência do TEDH.

Por tudo isto e por tudo o que se retirou da investigação relativa à *civil forfeiture* e à perda alargada, não demora a aparecer a ideia segundo a qual, a ser o segundo critério *Engel* o critério escolhido pelo TEDH a aplicar à *confisca preventiva*, com a excepção da jurisprudência de *Welch*, o resultado seria o de que esta modalidade italiana não teria natureza penal. Esta presunção vem precisamente confirmada pelo TEDH nos casos *Marandino*³²⁹, *Raimondo*³³⁰, *Arcuri*³³¹ e *Riela*³³².

§ 174. Antes de se ver o entendimento relativo à natureza (não) penal da *confisca preventiva*, é importante para esses fins atentar no que foi vertido em relação ao âmbito do P1-1.

Quando confrontado com a validade do regime da *confisca preventiva* (secção 2 *ter* do regime jurídico de 1965), nos casos *Raimondo* e *Arcuri*, declarou o Tribunal que esta modalidade é claramente uma medida meramente preventiva necessária, efectiva e proporcional em relação ao fim almejado (bloquear os movimentos do capital suspeito)³³³, não violando, por conseguinte, o P1-1.

Como seria de esperar, esta visão da função de prevenção de perigos da *confisca* subsiste depois de serem viradas as agulhas para o apuramento da natureza penal.

³²⁹ Decisão da Comissão do caso *Marandino*, Proc. n.º 12386/86, de 15 de Abril de 1991.

³³⁰ Acórdão TEDH *Raimondo v. Italy*, Proc. n.º 12954/87, de 22 de Fevereiro de 1994.

³³¹ Acórdão TEDH *Arcuri v. Italy*, Proc. n.º 52024/99, de 5 de Julho de 2001.

³³² Acórdão TEDH *Riela and Others v. Italy*, Proc. n.º 52439/99, de 4 de Setembro de 2001.

³³³ Acórdão TEDH *Raimondo v. Italy*, § 30; Acórdão TEDH *Arcuri v. Italy*, “*even though the measure in question led to a deprivation of property, this amounted to control the use of property within the meaning of the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1, which gives the State the right to adopt “such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest.”*”. Assim também, Acórdão TEDH *Pozzani v. Italy*, Proc. n.º 55743/08, de 26 de Julho de 2011, §§ 27 a 30; Acórdão TEDH *Capitani and Campanella v. Italy*, Proc. n.º 24920/07, §§ 33 a 35; Acórdão TEDH *Leone v. Italy*, Proc. n.º 30506/07, de 2 de Fevereiro de 2010, §§ 36 e 37; Acórdão TEDH *Paleari v. Italy*, Proc. n.º 55772/08, de 26 de Julho de 2011, § 37.

§ 175. A Comissão, no *caso Marandino*, lança mão dos dois primeiros critérios *Engel*, parecendo desconsiderar a aplicação do terceiro, e chega à conclusão de que a *confisca preventiva* não é uma medida de natureza penal, nos termos do arts. 6.º, n.ºs 2 e 3, e 7.º da CEDH.

Para justificar o não preenchimento do primeiro critério, acolhe-se a jurisprudência italiana da *Corte di Cassazione* e afirma-se que esta medida preventiva é autónoma em relação a um processo penal e não implica um juízo de culpabilidade do agente. Ela pressupõe, sim, um juízo preliminar da sua perigosidade social, fundado na pertença a uma associação mafiosa e subordinada à aplicação de uma medida preventiva pessoal (requisito que desapareceu com a Reforma italiana de 2008).

É este conjunto de requisitos que faz com que o segundo critério não se tenha dado por preenchido. A medida assume uma função de prevenção de perigos porque o seu fim é evitar o uso das vantagens confiscáveis, desinteressando o apuramento do requisito “culpa” pela prática de um facto ilícito-típico criminal, como acontece com as sanções punitivas. Parece ser o não preenchimento do subcritério (do segundo critério *Engel*) relativo à culpa o fundamento que sustenta a exclusão da função punitiva.

§ 176. Foi esta também a argumentação seguida pelo *tolerante*³³⁴ TEDH nos *casos Raimondo e Arcuri*³³⁵ para afastar a natureza penal da *confisca preventiva*.

A particularidade destas decisões para os fins que aqui se buscam retém-se no facto de ter sido o segundo critério *Engel* o único critério utilizado pelo Tribunal.

Desta perspectiva, o *caso Riela* distancia-se destes casos já que, a juntar ao não preenchimento do segundo critério *Engel*, se avança ainda que a imposição da *confisca preventiva* é feita num momento prévio ao de uma condenação³³⁶. Deste modo, parece juntar-se ao segundo critério *Engel* o critério da sequência (tal como sucedera em *Gogitidze*³³⁷).

³³⁴ MICHELE PANZAVOLTA e ROBERTO FLOR, *ob. cit.*, p. 142, “The approach of the ECtHR has been tolerant with regard to the Italian system of “non-criminal” confiscation. In assessing whether financial preventive measures are in compliance with fundamental rights, the Strasbourg Court has mostly answered in the affirmative.”

³³⁵ Acórdão TEDH *Raimondo v. Italy*, § 43; Acórdão TEDH *Arcuri v. Italy*, “The Court reiterates that, according to the case-law of the Convention institutions, the preventive measures prescribed by the Italian Acts of 1956, 1965 and 1982, which do not involve a finding of guilt, but are designed to prevent the commission of offences, are not comparable with a criminal “sanction””.

³³⁶ Acórdão TEDH *Riela and Others v. Italy*, “En outre, leur imposition n’est pas tributaire du prononcé préalable d’une condamnation pour une infraction”.

³³⁷ Acórdão TEDH *Gogitidze*, § 125.

2.4.1. Síntese

§ 177. Quando se cinge o pensamento à relação entre esta modalidade e a utilização de critérios pelo TEDH, existem elementos suficientes para estabelecer uma íntima relação entre o (sub)critério “função” e a *confisca preventiva*. É precisamente a função desta modalidade no interior do sistema jurídico que vem reflectida no seu próprio conceito (*preventiva*).

De acordo com esta jurisprudência, sintetiza-se assim: se previne perigos, não é punitiva; se não é punitiva não é penal. Ao invés da jurisprudência seguida nas modalidades da perda alargada e da *civil forfeiture*: se é compensatória ou restitutória, não é punitiva; se não é punitiva não é penal.

Com a excepção do caso *Welch*, as modalidades relativas às vantagens foram sempre consideradas pelo TEDH como sendo não punitivas: ou por serem restitutórias ou por prevenirem perigos.

§ 178. O estudo da jurisprudência do TEDH relativa à *confisca preventiva* vem reafirmar a convicção que já vinha sendo formada, qual seja a de que parece existir um padrão de utilização do segundo critério *Engel*, mais concretamente de utilização do seu subcritério “função”.

Este subcritério, neste âmbito, porque relacionado com a *função* no sistema jurídico, consome o outro subcritério “finalidade da (aplicação da) medida”.

Em simultâneo, o subcritério “carácter geral” da infracção desaparece. Reconhece-se que não espanta, tendo em conta que todo o confisco é aplicado por ocasião de um facto ilícito-típico criminal que se quer prevenir ou que foi cometido. É tamanha a ligação ao crime que faz esquecer o subcritério “carácter geral”, com génese profundamente associada ao direito disciplinar.

Por tudo isto, é já possível cristalizar esta clara tendência padronizada do seguinte modo: para identificar a natureza penal de uma modalidade de confisco o TEDH utiliza, como critério único ou não, o segundo critério *Engel*.

§ 179. Há já a clara e imediata noção de que pensar na jurisprudência do TEDH em matéria de confisco é pensar, pelo menos, no segundo critério *Engel*, mais concretamente no seu subcritério “função”. Despindo-se a técnica *Engel* dos seus primeiro e terceiro critérios, a regra é a da preponderância do segundo critério.

Esta jurisprudência do TEDH relativa ao confisco de bens transforma, então, a técnica *Engel* num só critério, *sc.* o subcritério “função”.

Esta tendência é formada ainda por outro aspecto a salientar: o subcritério *Engel* relativo à “culpa” é importado para a argumentação onde assenta esta técnica do Tribunal. O não preenchimento do subcritério “culpa” justificou o carácter não punitivo da *confisca preventiva*. Assim sendo, a alteração do segundo critério *Engel* não se dará aqui por redução dos seus elementos (subcritério “carácter geral”), mas sim por substituição: na tarefa de verificação do carácter punitivo da medida, sai de cena este subcritério e entra o relativo à “culpa” para o lado dos subcritérios “função” e “finalidade”.

§ 180. De outra perspectiva, esta evolução acaba ainda por afastar uma problemática da técnica *Engel* em torno do carácter alternativo ou cumulativo dos critérios *Engel*. Por conseguinte, a sua redução a um único critério faz da técnica aplicada na jurisprudência do TEDH relativa ao confisco naturalmente mais simples.

Em suma, para este Tribunal, perguntar pela natureza de uma medida é perguntar pelo seu carácter (não) punitivo, porque se entende que ao direito penal pertencem em exclusivo as sanções punitivas, de que não fazem parte as medidas compensatórias/restitutórias ou medidas que procuram prevenir perigos.

O carácter punitivo das reacções criminais revelou-se então como a característica dessas reacções que o Tribunal elegeu para edificar o(s) critério(s) para identificar a natureza penal de uma consequência jurídica. O seu momento ou posição, representado através do critério da sequência, não obstante continuar a ter relevo na jurisprudência do TEDH, parece ser uma característica que começa a perder posição na edificação e aplicação de critérios, como evidenciaram as decisões sobre a *confisca preventiva*.

2.5. A *confisca urbanística*

Casos	1.º Cr. Engel	2.º Cr. Engel	3.º Cr. Engel	Cr. da sequência	Cr. da nat. processo	Cr. da culpa	Cr. do órgão	Conclusão
Sud Fondi	✓	✓	✓	✗	-	-	-	Penal
Varvara	✓	✓	✓	✗	-	-	-	Penal
G.I.E.M	✓	✓	✓	-	-	-	✓	Penal

-	Não aplicado	✗	Aplicado e não preenchido	✓	Aplicado e preenchido
---	--------------	---	---------------------------	---	-----------------------

§ 181. Esta modalidade tem por objectivo confiscar os terrenos e construções ilicitamente licenciados, e o regime paradigmático pertence, tal como o anteriormente tratado (*confisca preventiva*), ao sistema jurídico italiano.

É aplicada na sequência da prática de factos ilícitos-típicos criminais (*lottizzazione abusiva*³³⁸) e tem por objecto os bens relacionados com os efeitos negativos dessa prática: resumidamente, confiscam-se os terrenos licenciados ilicitamente e as obras construídas sobre esses imóveis. Após *Sud Fondi*³³⁹, dos sujeitos passivos da medida, Itália passou a excluir do âmbito de aplicação da norma os proprietários que sejam terceiros de boa-fé.

§ 182. Inicialmente este regime jurídico era pensado pela jurisprudência italiana de acordo com o regime jurídico geral, plasmado no art. 240.º do Código penal italiano, exigindo-se, para a sua aplicação, que o proprietário tivesse sido condenado criminalmente pela prática do crime de *lottizzazione abusiva*.

Contudo, com o passar do tempo assistiu-se a uma reconfiguração do regime desta modalidade, passando ele a ser visto como uma “*sanzione amministrativa e obbligatoria*”³⁴⁰ independente de condenação penal, porque a sua aplicação passou a bastar-se com a mera prática do facto típico-ilícito criminal (*confisca senza condanna*). Podia, neste sentido, ser aplicada a terceiros, porque a sua origem era uma situação (licenciamento e/ou construção) materialmente ilegal, independentemente do elemento subjectivo da prática do facto.

§ 183. Foi já no momento em que a *confisca urbanistica* se apresentava como uma modalidade de *confisca senza condanna* que o TEDH, no *caso Sud Fondi*, foi chamado a pronunciar-se sobre a sua validade.

Em causa estava a sua aplicação³⁴¹ na sequência de uma absolvição por inexistência do “*mental element*” (“*perché il fatto non costituisce reato*”), dada a verificação de uma causa de exclusão da culpa (inexigibilidade de conduta diversa) dos representantes da sociedade *Sud Fondi*, proprietária dos bens confiscados.

³³⁸ *Vd.* art. 44 del codice dell'edilizia (Lei n.º 380/2001) “*La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite.*”

³³⁹ Acórdão TEDH *Sud Fondi S.r.l. and Others v. Italy*, Proc. n.º 75909, de 20.01.2009.

³⁴⁰ Cfr. Decisão *Licastro* da Corte Suprema di Cassazione Penale, Sezione III, de 12 de Novembro de 1990. A natureza administrativa desta modalidade foi confirmada pelo Tribunal Constitucional italiano, na Decisão n.º 187/1998, olhando-se para a *confisca urbanistica* como uma sanção administrativa de natureza real que o juiz penal pode aplicar mesmo nos casos em que o crime de *lottizzazione abusiva* haja prescrito, já que bastava “*l'accertamento della mera materialità dell'illecito*”, i.e. a demonstração do tipo objectivo do facto ilícito.

³⁴¹ Nos termos da Secção n.º 19 da Lei de Itália n.º 47/1985.

Na medida em que o regime jurídico italiano não previa a possibilidade de responsabilidade penal das pessoas colectivas (*societas delinquere non potest*), *Sud Fondi* era uma terceira em relação ao “crime”, aspecto que circunscreve ainda mais a modalidade sob análise: *confisca urbanistica* de bens de terceiro na sequência de absolvição do agente (por falta do elemento subjectivo).³⁴²

§ 184. Para determinar se o art. 7.º da CEDH se aplicava ao caso concreto, o TEDH começa por avançar com o critério da sequência e dá-o como não preenchido porque a *confisca urbanistica* de *Sud Fondi* surgiu na sequência de uma absolvição e não de uma condenação.³⁴³

Não foram fornecidos elementos adicionais que permitissem formular seguras conclusões em relação aos requisitos do critério da sequência aplicado neste caso, contudo a remissão para *Yildirim* faz crer que o seu preenchimento estava dependente de uma condenação *formal* e não de uma outra qualquer forma declarativa de responsabilidade penal dos intervenientes (condenação *substancial*).

Apesar do não preenchimento supramencionado, entendeu o Tribunal que, ainda assim, a sanção se ligava (“*se rattachait*”) a uma infracção penal, acabando por concluir que a sanção imposta a *Sud Fondi* tinha natureza penal e que, por isso mesmo, deveria estar sujeita ao regime do art. 7.º da CEDH.³⁴⁴

§ 185. Esta ligação alicerçou-se nos critérios *Engel*.

Em relação ao primeiro disse o Tribunal que: *i*) o Estado italiano não contestava que a infracção em questão fosse crime; *ii*) a decisão era inclusivamente prolatada por um tribunal criminal (subcritério da técnica *Engel* relativo ao órgão decisório, que parece aqui servir para sustentar o preenchimento do primeiro critério *Engel*); e, por fim, *iii*) o *Codice dell'edilizia* de 2001 classificava esta modalidade como uma sanção criminal.

Complementarmente, aduziu-se ainda que o art. 19.º da Lei n.º 47 de 1985 não visava a reparação pecuniária de um dano, mas sim a punição com o fim de prevenir a prática reiterada daquelas ilegalidades (segundo critério *Engel*). Esta função punitiva foi reforçada

³⁴² Circunstância que faz distinguir o caso *Sud Fondi* dos casos *Agosi*, *Air Canada* e *Yildirim*, dado que estes envolveram o confisco aplicado na sequência de condenações. Outra distinção pode fazer-se através da natureza dos objectos confiscados: bens de contrabando (*Agosi*) e instrumentos do crime (*Air Canada* e *Yildirim*).

³⁴³ Acórdão TEDH *Sud Fondi*, p. 17.

³⁴⁴ Como em nota anterior.

através do argumento atinente à severidade da medida, que compreendia 85% de terrenos sem nenhuma construção.

Um aspecto interessante que fez recordar a jurisprudência de *Welch* teve que ver com o facto de o Tribunal considerar que a modalidade em crise até poderia desempenhar uma função preventiva, mas, por ser também punitiva, preenchia o segundo critério *Engel*, e, por isso, era de natureza penal.

A severidade da sanção não só serviu para reforçar o preenchimento do segundo critério, como foi utilizada autonomamente como terceiro critério *Engel*, acabando o Tribunal por declarar que o confisco de todos os terrenos do projecto de licenciamento (cerca de 50.000 m²) contribuía para reforçar a natureza penal desta *confisca urbanistica*.

§ 186. Após a consideração de que o art. 7.º se aplicava, o TEDH condenou o Estado italiano pela violação desta disposição, tendo em conta que a base legal da infracção não cumpria com o princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade, na medida em que não se apresentava a norma em crise como uma lei prévia, certa, clara, precisa e rigorosa (*nullum crimen sine lege certa*) que lhe conferisse o imprescindível carácter de previsibilidade de uma norma penal restritiva³⁴⁵. Foi precisamente esta imprevisibilidade da proibição que fundamentou a absolvição dos representantes de *Sud Fondi* (*nulla poena sine culpa*) e, acrescenta-se, que esteve na origem de toda a questão em torno da (não) validade do concreto licenciamento, como expressam as diferentes ideias de vários órgãos administrativos e judiciais do Estado italiano em torno da (i)legalidade do licenciamento dos terrenos da *Sud Fondi*.

§ 187. Voltando para as consequências do caso *Sud Fondi* na modalidade da *confisca urbanistica*, fica a noção de que este carácter imprevisível da norma não afecta a construção abstracta do modelo, já que esta parte do pressuposto de que todos os requisitos são, em si mesmos, válidos. A correcção da invalidade da norma não obriga, portanto, a um repensamento sobre a estruturação dos requisitos da *confisca urbanistica*, mas sim à afinação de um deles (*sc.* norma de conduta proibida - *previsível*). Neste sentido, a eficácia desta construção não sai beliscada, bastando eliminar a imprevisibilidade da norma.

³⁴⁵ *Ibidem*, § 114, “*Si deve dunque riconoscere che le condizioni di accessibilità e prevedibilità della legge, alla luce delle circostanze peculiari della presente causa, non sono soddisfatte. In altri termini, dal momento che la base giuridica del reato non rispettava i criteri di chiarezza, accessibilità e prevedibilità, era impossibile prevedere che sarebbe stata comminata una sanzione. Ciò vale tanto per la società ricorrenti, che hanno compiuto la lottizzazione illecita, che per i rappresentanti delle stesse, imputati nel processo penale.*”

A eficácia da *confisca urbanistica* é abalada por causa de outro motivo proveniente de *Sud Fondi*: a exigência do requisito *means rea* (“*perche il fatto costituisce reato*”), que é acrescentado ao já existente *actus reus* (“*perche il fatto sussiste*”). A eficácia do regime italiano diminui³⁴⁶ porque passam a ser dois os motivos para não confiscar, dado que o requisito ilícito-típico passou a ser composto (ilícito-típico e culposo): *i*) porque não se praticou o facto e *ii*) porque se praticou, mas sem culpa.

Neste sentido, a *confisca urbanistica* passou a ter de ser uma modalidade aplicada por ocasião da responsabilidade penal subjectiva (elementos objectivo e subjectivo) do proprietário dos imóveis.

§ 188. Tendo em conta que em *Sud Fondi* não houve responsabilidade penal dos confiscados, o TEDH acabou por não se debruçar sobre o modo como, a existir, essa responsabilidade devia ser declarada, ou seja, se o art. 7.º só permite a aplicação da sanção aí prevista após uma *formal* condenação ou após meramente uma *substancial* condenação, caso em que poderia bastar uma suposta declaração da verificação da responsabilidade penal. Esta resposta revelar-se-ia determinante para se saber se, com *Sud Fondi*, a *confisca urbanistica* podia continuar a habitar na categoria das modalidades de *confisca senza condanna* (condenação *formal*) ou não (condenação *substancial*).

Esta questão, apesar de muito próxima, não se deve confundir com a respeitante ao critério da sequência, na medida em que esta última tem por fim determinar se o art. 7.º se aplica, enquanto a acabada de tratar procura saber se essa disposição foi ou não violada. Contudo, o critério da sequência parece ter nascido do próprio enunciado do art. 7.º e, por princípio, só deve haver uma única interpretação do seu conceito “condenação”. Por isso, deverão elas coincidir, mesmo que utilizadas para fins diferentes.

§ 189. Por fim, o P1-1 foi considerado violado pelo TEDH, já que, não havendo uma *lege certa*, a ingerência no direito de propriedade foi considerada arbitrária (por falta de base legal), desproporcional (em relação ao interesse geral da comunidade e à desconsideração da conduta para efeitos de determinação da medida sanção), para além de não prever qualquer tipo de indemnização para os proprietários.

³⁴⁶ Assim também, Juízes Spano e Lemmens, no seu voto (parcial) de vencido no Acórdão TEDH *G.I.E.M.*, § 9, “*It is our understanding that with Sud Fondi our Court seriously limited the efficiency of the Italian mechanism of dealing with unlawful site development.*”

Este último aspecto é interessante de constatar porque, de seguida, parece o TEDH revelar qual deveria ser a função da *confisca urbanistica*, na medida em que defende que o seu objectivo deveria ser o de colocar as pessoas na situação em que estavam antes do ilícito, i.e., em conformidade com as disposições urbanísticas, sendo, para tal, suficiente que se declarassem ineficazes os licenciamentos ilegais e que se demolissem as construções ilegais.³⁴⁷

Deste raciocínio retira-se que, para o Tribunal, a *confisca urbanistica* não deveria ser uma modalidade de confisco de objectos, mas essencialmente de direitos relativos a uma vantagem ilícita. Deveria ser o direito de construir que deveria ser extinto, de forma a colocar o enriquecido na situação em que estava antes da prática dos factos. Ora, na verdade, por isto mesmo, nem sequer se deveria falar com rigor numa modalidade de confisco *stricto sensu*, já que os direitos, nesta acepção, não são alvo de uma transferência (parte integrante da essência do confisco) para o Estado, mas sim de uma extinção (perda do direito à licença e perda do direito sobre a obra - demolição).

De facto, a *confisca urbanistica*, com o fim de prevenir o crime, poderia muito bem assumir-se como uma modalidade de perda de vantagens. Contudo, não parece ter sido essa a opção do legislador italiano, tendo em conta que se colocaram os próprios terrenos como objectos confiscáveis, caindo por esta razão qualquer fundamento relativo a uma vantagem ou à eliminação de um enriquecimento.

O legislador italiano, ao incluir no regime os terrenos como objectos a confiscar e ao não incluir nenhum requisito relacionado com o perigo dos mesmos, parece dar a entender que aquilo que fundamenta a *confisca* é pura e simplesmente a prática do crime de *lottizzazione abusiva*, confiscando-se porque se cometeu um crime e não porque se enriqueceu ilícitamente ou porque os terrenos são perigosos (se esta situação for sequer logicamente possível).

§ 190. Alguns anos depois, a *confisca urbanistica* foi sujeita a nova avaliação por parte do TEDH no *caso Varvara*.³⁴⁸

Ao contrário de *Sud Fondi*, agora não se tratava de um confisco de terceiros, mas sim de um proprietário acusado criminalmente. Outro dos principais traços distintivos numa comparação com *Sud Fondi* está no facto de Varvara ter sido absolvido pela prescrição do crime (pelo qual havia até sido condenado numa decisão anterior que só não produziu efeitos

³⁴⁷ *Ibidem* §§ 130 a 142.

³⁴⁸ Acórdão TEDH *Varvara v. Italy*.

por causa da prescrição entretanto detectada), e não através de uma decisão de mérito, como em *Sud Fondi*.³⁴⁹

É esta particularidade que forma a principal questão que é tratada em *Varvara*, qual seja a de saber se o TEDH considera que a verificação de responsabilidade por um crime prescrito é susceptível ou não de preencher o requisito “condenação” do art. 7.º. Por outras palavras, estava em causa saber se a prescrição penal era compatível com uma *substancial* condenação. Ou, ainda por outras, se existe o direito “a ser esquecido” (“*the right to be forgotten*”³⁵⁰ ou “*diritto all’oblio*”).

Esta exposição deixa já antever o entendimento do Tribunal acerca da natureza jurídica da *confisca urbanistica*: natureza penal. Se a questão tem o seu cerne no (in)cumprimento e já não na escolha da aplicação do art. 7.º da CEDH, a premissa da natureza penal já se tinha revelado.

§ 191. A determinação da natureza penal foi feita simplesmente por remissão para a fundamentação levada a cabo em *Sud Fondi*³⁵¹. Porém, ao invés do que sucedera em *Sud Fondi*, esta concreta decisão não colheu unanimidade, porque, para o juiz português Paulo Pinto de Albuquerque, não se deveria aplicar o art. 7.º à *confisca urbanistica* porque a sua natureza não era penal, mas sim administrativa.³⁵²

No que respeita ao primeiro critério *Engel*, entende que não é claro que as disposições legislativas (secções 19.º e 20.º da Lei n.º 47/1985) sobre *confisca urbanistica* classifiquem a medida como criminal, com excepção do art. 44.º do *Codice dell’edilizia* (Lei n.º 380/2001). Já sobre o segundo, declara que esta medida não é punitiva, mas que se limita a prevenir perigos. Ela existe para prevenir a especulação imobiliária incompatível com o ordenamento do

³⁴⁹ *Ibidem*, § 49, “*Unlike Sud Fondi, in the instant case the applicant had not been acquitted on the merits but had had the benefit of a decision not to prosecute because the offence had become time-barred.*” *Vd.* ainda, MICHELE SIMONATO, “Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains”, in *Era Forum*, vol. 18 (3), Setembro de 2017, p. 370.

³⁵⁰ Expressão utilizada no voto de vencido do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque no Acórdão *G.I.E.M s.r.l. and Others v. Italy*, Procs. n.ºs 1828/06, 34163/07 e 19029/11, de 28 de Junho de 2018, § 24.

³⁵¹ Acórdão *Varvara*, § 51.

³⁵² *Vd.* voto de vencido parcial de Pinto de Albuquerque no Acórdão TEDH *Varvara*, p. 10, “*All these aspects of the legal regime inevitably lead to the conclusion that confiscation on grounds of unlawful land development is administrative in nature.*”. Saliencia-se ainda a inicial e expressa crítica feita pelo Juiz à jurisprudência do TEDH em matéria de confisco: “*the present case should have been an opportunity for the Court to clarify the conditions and modalities of this fundamental instrument of contemporary criminal-law policy, by taking account of developments in international human rights law, international criminal law, comparative criminal law and European Union law. The Chamber decided not to take this opportunity...*” (p. 1); “*The questions arising have often been decided on the basis of secondary aspects of the legal regulations governing the measure implemented by the respondent State, or even on the basis of highly specific facts pertaining to each individual case, such as the total assets lost by the applicant. This casuistic approach has produced conflicting and inconsistent case-law*” (p. 6).

território e com as disposições que protejam o meio ambiente. Lança ainda uma crítica à opção do TEDH em utilizar o critério da severidade da sanção (não houve obras em 85% dos terrenos confiscados) como subcritério do segundo critério *Engel*, no sentido de que, quando muito, este (sub)critério pode apenas confirmar a natureza punitiva de uma consequência jurídica, mas já não servir para justificar essa própria natureza.

Para o Juiz, deverá determinar-se a natureza de uma medida em função do seu regime jurídico definido pela lei e pela jurisprudência. Nestes termos, a *confisca urbanistica* também não se mostrava punitiva: em primeiro lugar, porque os terrenos não eram transferidos para o Estado, mas para as autoridades locais; em segundo lugar, a medida podia ser revogada por estas autoridades (ao contrário do que sucede com uma sanção penal); em terceiro, o subcritério do órgão decisório nem havia sido bem aplicado, porque os tribunais criminais apenas desempenham uma *funzione di supplenza* em relação ao papel das autoridades administrativas na prossecução daqueles fins preventivos.³⁵³

Por tudo isto, a *confisca urbanistica* é aos olhos deste Juiz uma medida administrativa sujeita apenas aos limites impostos pelo P1-1 e não já aos do art. 7.º da CEDH.

§ 192. Na sequência, aquilo que distancia o Juiz da visão da maioria em *Varvara* é mais uma questão de preenchimento dos critérios *Engel* do que da sua escolha. Quanto a esta última, o principal ponto de discórdia está assinalado no critério “severidade da sanção” que, para o Juiz, não tem mais do que um papel meramente confirmativo da natureza. Este último entendimento acompanha a tendência que vinha sendo seguida pelo próprio TEDH e que não foi adoptada em *Varvara*.

Aliás, acrescenta-se até que toda a técnica utilizada pelo Juiz acompanha aquela tendência já assinalada, segundo a qual a técnica *Engel* em matéria de confisco parece reduzir-se ao seu segundo critério, sob a égide do seu subcritério “função”. Num olhar atento, o primeiro critério *Engel* nem é dado propriamente como preenchido pelo Juiz, que se limitou a duvidar da decisão da maioria (“*highly questionable*”), pelo que só sobrou o, por isso fulcral, (sub)critério “função”.

³⁵³ A reforçar esta ideia, acrescenta “*This conclusion is confirmed by other important aspects of the statutory rules: criminal proceedings have no suspensive effect on administrative proceedings, and the administrative authorities can even prevent the issuing of a confiscation order by the criminal court before it becomes res judicata if it authorises the development operation ex post facto or modifies the local development plan in such a way that the developed land is classified as building land. Furthermore, it can validate buildings constructed without permission if they comply with current town planning regulations at the time of the decision on the application for validation, even if they were incompatible with the regulations in force at the time of construction of the unlawful development*” (voto de vencido do Acórdão *Varvara*, p. 10).

Por sua vez, um aspecto interessante da técnica do Juiz que evidencia originalidade em relação àquela tendência, e até à própria maioria em *Sud Fondi* e *Varvara*, tem que ver com o facto de ter utilizado critérios atinentes ao regime jurídico da consequência para confirmar a função de prevenção de perigos e, por conseguinte, a natureza administrativa (destinatário do património, órgão decisório e (ir)revogabilidade da sanção).

Esta dessintonia relativa ao preenchimento do critério “função” em *Varvara* evidencia o carácter subjectivo deste critério. A aplicação do mesmo critério sobre a mesma medida desembocou em resultados dispares: medida *punitiva* (maioria); medida *preventiva de perigos* (Juiz Paulo Pinto de Albuquerque).

§ 193. Voltados agora para a aplicação do art. 7.º da CEDH, decidiu o TEDH que a aplicação da *confisca urbanistica* em *Varvara* violou esta norma.

Tendo em conta que o princípio da legalidade vem expressamente previsto no art. 7.º, não entende o Tribunal como é que uma sanção punitiva aplicada na sequência de uma absolvição poderia estar de acordo esse princípio, como defendia Itália.³⁵⁴ Ora, se o Estado italiano proibia a aplicação de sanções aos casos de prescrição, não podia então interpretar extensivamente o conceito “decisão final” da norma da *confisca urbanistica* em crise (art. 44.º do *Codice dell’edilizia* – “*sentenza definitiva che accerta*” la lottizzazione abusiva) de modo a incluir-lhe os casos de absolvição por prescrição, sob pena de aplicar uma sanção sem ter uma lei prévia que a sustente³⁵⁵. Esta argumentação fundamentou não só a violação do art. 7.º em *Varvara* como também do P1-1, já que a restrição ao direito da propriedade só pode ser igualmente feita por lei que o preveja.

Para o TEDH uma absolvição por prescrição não é, então, compatível com uma *substancial* condenação. Assim, a declaração de verificação da prática de um crime prescrito não é susceptível de preencher o requisito “condenação”. Apesar de reconhecer que pode haver responsabilidade penal sem que esteja verificado o “*mental element*”³⁵⁶, o Tribunal torna imprescindível a não prescrição do crime, autêntico elemento que incorpora o crime *punível* e que se apresenta como uma causa de afastamento da punição. Havendo prescrição não há responsabilidade penal, mesmo que os requisitos *actus reus* e *mens rea* se tenham provado, já que os factos têm de ser ainda *puníveis*.³⁵⁷

³⁵⁴ Acórdão TEDH *Varvara* § 61.

³⁵⁵ *Ibidem*, §§ 60 a 62.

³⁵⁶ *Ibidem*, § 70.

³⁵⁷ *Ibidem*, § 71.

Para além de ter circunscrito o requisito “condenação” aos crimes não prescritos, o TEDH determinou ainda que a responsabilidade pela prática do facto tem de ser plasmada numa condenação (“*verdict as to his guilt*”), circunstância que, para o Tribunal, em *Varvara* também não sucedeu e que serviu de fundamentação adicional da violação do art. 7.º da CEDH.³⁵⁸

§ 194. Este requisito adicional tem precisamente que ver com a questão que ficou em aberto após *Sud Fondi* em torno da forma como se deve declarar a responsabilidade penal (condenação *formal* ou condenação *substancial*).

Directamente da letra do § 72 do Acórdão *Varvara*³⁵⁹, de facto, parece não ser possível responder à questão, já que nada é dito expressamente sobre qual a forma exigida normativamente. Sem embargo, andando pelos meandros do *caso Varvara*, parecem existir elementos que apontam no sentido de que se exige uma condenação *formal*. É que *Varvara* viu a sua “responsabilidade penal” vertida numa *formal* condenação³⁶⁰ que só não veio a produzir efeitos porque, posteriormente, se deu a prescrição, confirmada numa decisão judicial posterior. Ora, embora não se sabendo bem e com o rigor necessário nestes âmbitos o que é uma condenação *substancial*, não deve haver melhor forma de demonstrar uma condenação *substancial* do que através de uma *formal* decisão judicial (que não produziu efeitos) onde se apurou expressamente a responsabilidade penal. Se, mesmo com esta decisão, o TEDH entendeu que em *Varvara* não havia “*verdict as to guilt*”, uma condenação *substancial* não era susceptível de preencher o requisito “condenação” do art. 7.º.

Assim, deve ler-se o § 72 do Acórdão *Varvara* no sentido de que *i*) não há “*criminal conviction*” por crimes prescritos e *ii*) a responsabilidade penal tem de ser declarada através de uma condenação *formal* (que produza efeitos, claro está).³⁶¹

³⁵⁸ *Ibidem*, § 72.

³⁵⁹ Como em nota anterior, “*In the present case, the criminal penalty which was imposed on the applicant despite the fact that the criminal offence had been time-barred and his criminal liability had not been established in a verdict as to his guilt, is incompatible with the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty, which the Court has recently clarified and which is an integral part of the legality principle laid down in Article 7 of the Convention. Consequently, the penalty in issue is not prescribed by law for the purposes of Article 7 of the Convention and is arbitrary*”.

³⁶⁰ *Ibidem*, § 19, “*In a judgment of 5 May 2003, the Bari Court of Appeal convicted the applicant of unlawful land development on the grounds that the variant of the development plan constituted a new, separate plan.*”

³⁶¹ Neste sentido, *vd.* a dedaração conjunta de voto de vencido (parcial) no Acórdão G.I.E.M. dos Juízes Sajó, Karakas, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris e Grozev, § 7, “*The two conditions set forth in paragraph 72 of Varvara are cumulative: for a penalty such as confiscation to be applied, the offence must not be time-barred and there has to be a formal “verdict as to guilt” (or conviction, to use the wording of the present judgment). In other words, the general rule established in Varvara is that a penalty cannot be applied if the statutory time-limits have expired, nor can a penalty be imposed in the absence of a formal conviction.*” Em sentido contrário, *vd.* a dedaração de voto (parcial) de vencido dos Juízes Spano e Lemmens no Acórdão TEDH G.I.E.M., § 9, “*If Varvara meant that confiscation required a “conviction” for an offence (under domestic law) and that it could no longer be ordered when the offence had become time-barred, this would make*

§ 195. De acordo com esta interpretação, a *confisca urbanistica*, depois de *Varvara*, deveria ver-se obrigada a despir-se das vestes de uma *confisca senza condanna*, já que a sua aplicação passa a depender precisamente de uma *formal condanna*.

No fundo, seguindo-se esta interpretação, obrigava-se o Estado italiano a voltar a tratar esta *confisca* como fazia quando ela estava sujeita ao regime jurídico geral, plasmado no art. 240.º do Código penal italiano, que exige que o proprietário tenha sido condenado criminalmente pela prática do crime de *lottizzazione abusiva*.

§ 196. No seguimento, compõe-se o critério da sequência, que ganhou “novos” contornos em *Varvara*. Deverá ele apresentar-se do seguinte modo: terá natureza penal a medida aplicada *na sequência* de uma *responsabilidade penal* declarada através de uma condenação *formal*, tal como foi defendido em *Yildirim, Dassa Foundation, Butler, Gogitidze*, e em oposição, por ex., ao *caso Geerings*.

§ 197. A decisão *Varvara*, por presumivelmente cingir a *confisca urbanistica* aos casos em que houve uma formal condenação, atacando assim as suas fundações como *confisca senza condanna*, gerou grande impacto na aplicação deste regime jurídico por parte dos tribunais italianos, tendo acabado por surgir a *Corte Costituzionale* a pronunciar-se sobre a questão.³⁶²

A *Suprema Corte*³⁶³ propugnou junto da *Corte Costituzionale* a não penetração do direito proveniente de *Varvara* no ordenamento jurídico italiano, em nome da salvaguarda dos hierarquicamente superiores princípios e valores da Constituição italiana. A motivação, porém, não assentou numa questão penal, mas sim numa relativa ao direito da propriedade (P1-1), que, aos olhos da *Suprema Corte*, não deveria prevalecer sobre os outros valores fundamentais, *sc.* paisagem, ambiente, vida e saúde.

A análise do Tribunal Constitucional italiano sobre os problemas de compatibilização do art. 44.º do *Codice dell'edilizia* com a decisão *Varvara* relativa à aplicação do art. 7.º proveio das dúvidas colocadas pelo *Tribunale di Teramo*. A sua questão girou em torno da aplicação da *confisca* aos casos em que não houve condenação formal, e da ilegitimidade de aplicação de uma sanção penal pela administração italiana e não pelos tribunais italianos.

it in many cases impossible for the criminal courts to take action against companies and natural persons, even if they had blatantly acted in bad faith.”

³⁶² Decisão da *Corte Costituzionale* n.º 49, de 14 de Janeiro de 2015.

³⁶³ Decisão da *Corte Suprema di Cassazione Penale, Sezione III*, n.º 20636, de 30 de Abril de 2014.

§ 198. Colocado o problema, a *Corte Costituzionale* andou no sentido de que se deveria continuar a considerar que a *confisca urbanistica* podia ser uma *confisca senza condanna*, porque não violava o Direito constitucional italiano, podendo, por consequência, ser aplicada na ausência de uma *formal* condenação.

Em primeiro lugar, a fundamentar esta decisão foi defendido que Itália não deveria seguir o vertido no *caso Varvara*, porque esta decisão do TEDH não se apresentava como uma “*giurisprudenza consolidata*”³⁶⁴. Vista como uma autêntica sanção administrativa cuja imposição não era exclusiva dos tribunais criminais, declarou-se ainda que, mesmo que se seguisse *Varvara*, nesta decisão aquilo que determinava a (in)validade da *confisca urbanistica* era a sua aplicação aos casos em que (não) foi apurada a responsabilidade penal do confiscado (*acus reus e means rea* – “*perché il fatto costituisce reato*”). Decisivo era apenas o apuramento da responsabilidade penal (mesmo que por crimes prescritos) independentemente da forma como ela tenha sido declarada. Assim sendo, na sua óptica, verifica-se preenchido o requisito “condenação” do art. 7.º da CEDH meramente através de uma condenação *substancial*³⁶⁵, ao contrário da orientação provinda de *Varvara*.

As repercussões de *Varvara* em Itália criaram assim um palco perfeito para o TEDH intervir.

§ 199. A preciosa oportunidade surgiu, em 2018, no *caso G.I.E.M s.r.l. and Others v. Italy*.

A sua importância é de elevado grau. Em primeiro lugar, é o último caso deste estudo sobre os critérios *Engel* na jurisprudência do TEDH em matéria de confisco; em segundo lugar, porque é dos casos mais recentes e pode espelhar o estado da arte; e, em terceiro, porque revoluciona a jurisprudência de *Varvara*.

O *caso G.I.E.M.* foi decidido pela *Grand Chamber* do TEDH e é composto por três processos judiciais que se debruçavam sobre a aplicação da *confisca urbanistica* contra várias

³⁶⁴ Decisão da *Corte Costituzionale* n.º 49, § 7, “*Mentre, nel caso in cui sia il giudice comune ad interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un “diritto consolidato”, è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale.*”

³⁶⁵ *Ibidem*, “*Si tratta quindi non della forma della pronuncia, ma della sostanza dell'accertamento (...) deve perciò ritenersi erroneo il convincimento, formulato dai rimettenti come punto di partenza dei dubbi di costituzionalità, che la sentenza Varvara sia univocamente interpretabile nel senso che la confisca urbanistica possa essere disposta solo unitamente ad una sentenza di condanna da parte del giudice per il reato di lottizzazione abusiva.*”

peças colectivas (G.I.E.M. S.r.l., Hotel Promotion Bureau S.r.l., R.I.T.A. Sarda S.r.l., Falgest S.r.l.) e contra o sr. Filippo Girona.

As peças colectivas apresentavam-se como terceiras em relação ao crime e todos os seus representantes legais foram absolvidos por diferentes motivos (falta de elemento objectivo e prescrição do procedimento). Estamos, portanto, perante uma facticidade idêntica à de *Sud Fondi: confisca urbanistica senza condanna* de bens de terceiros.

No processo *Girona*, por sua vez, espelham-se os factos de *Varvara*: absolvição do crime por prescrição, pelo qual Girona até tinha sido inicialmente condenado: *confisca urbanistica senza condanna*.³⁶⁶

§ 200. À semelhança de *Sud Fondi* e *Varvara*, também em *G.I.E.M.* se entendeu que a *confisca urbanistica* era uma modalidade de natureza penal. Desta vez, ao contrário de *Varvara*, o TEDH não se limitou a fazer uma remissão para o caso *Sud Fondi*.

O critério da sequência, inversamente às duas decisões precedentes (aplicado e não preenchido), não foi usado.

Em oposição a *Yildirim* e *Geerings*, onde foi visto como decisivo, defendeu-se em *G.I.E.M.* que do seu não preenchimento não deve resultar necessariamente a natureza não penal da medida³⁶⁷. Assume-se, por esta ordem de ideias, mais como um critério que tem por fim confirmar um resultado obtido por outros. O Tribunal acaba até por expressar a falta de sentido do próprio critério, cuja existência conflitua com a alaçada ideia de que existe um conceito autónomo de “*penalty*” do art. 7.º da CEDH³⁶⁸. Aduziu ainda que, se fosse este o critério decisivo, para ele se dar como não preenchido bastaria aos Estados não classificar a medida como uma “*penalty*”. Contudo, esta última argumentação deve ser utilizada para justificar a necessidade de um conceito autónomo de “*penalty*” e já não para retirar força ao critério da sequência, dado que a aplicação deste último parte da premissa de que a interpretação do art. 7.º é feita aos olhos do TEDH e não de um Estado. Decisivo no seio do critério da sequência é o *momento* em que a medida é imposta e não a *classificação nacional*.

§ 201. Esta exclusão do critério da sequência serviu de base para partir para a utilização de outros critérios: *i*) a qualificação ou classificação nacional (primeiro critério

³⁶⁶ Sobre a facticidade do caso, cfr. Acórdão TEDH *G.I.E.M.*, §§ 8 a 87.

³⁶⁷ Acórdão TEDH *G.I.E.M.*, § 245.

³⁶⁸ *Ibidem*, § 246.

Engel); *ii*) a natureza da infracção (segundo critério *Engel*); a severidade da sanção (terceiro critério *Engel*); e, por fim, *iv*) o órgão decisório.

Para o TEDH, o primeiro critério *Engel* foi preenchido porque a epígrafe do art. 44.º *Codice dell'edilizia* era “sanções criminais” e também porque a história da disposição não levava a uma conclusão contrária, como comprovava o facto de que, se tivesse sido um erro, Itália tinha tido 16 anos para alterar aquela epígrafe e não o fez³⁶⁹. Este preenchimento deu-se, então, através de uma análise que se cingiu meramente à letra da lei, deixando de fora quaisquer considerações em relação à doutrina e jurisprudência italianas que, como parece evidenciar a própria existência do pleito judicial, seguiam um entendimento contrário (não criminal).

Em contraciclo seguiram os Juízes Spano e Lemmens, para quem o primeiro critério *Engel* não estava preenchido, na medida em que a epígrafe não condizia com aquela que era a prática em Itália, como se retirava do elemento histórico da disposição em crise. A técnica aqui levada a cabo concentrou-se na jurisprudência italiana e não meramente na letra da lei, *rectius* na sistematização da norma. Esta, para os Juízes, era de desconsiderar, já que, de acordo com a máxima “*rubrica non fit ius*”, uma epígrafe não deve ter força normativa.³⁷⁰

§ 202. Após a aplicação do segundo critério *Engel*, tal como em *Sud Fondi* e *Varvara*, também se chegou à conclusão de que ele estava preenchido. Sem embargo, a fundamentação não coincidiu. Agora, a *confisca urbanistica* é vista como punitiva porque o Estado italiano considera que é punitiva³⁷¹ e porque é uma sanção automática aplicada independentemente de existir perigo para, por ex., o ambiente, podendo ser inclusivamente imposta quando ele comprovadamente não existe (como se evidencia através do confisco de terrenos sem construções).

Este entendimento foi, de novo, contrariado pelos Juízes Spano e Lemmens que defenderam que esta *confisca* é administrativa e não tem uma função punitiva, mas sim compensatória. Rebatendo a argumentação da maioria, afirmaram que as entidades do Estado italiano olhavam para a *confisca urbanistica* como uma medida cuja função era restaurativa ou compensatória, com o objectivo de eliminar os efeitos negativos surgidos do crime de *lottizzazione abusiva*³⁷². Complementarmente ainda aduziram que, de facto, uma

³⁶⁹ *Ibidem*, §§ 220 e 221.

³⁷⁰ Declaração de voto (parcial) de vencido dos Juízes Spano e Lemmens no Acórdão *G.I.E.M.*, § 19.

³⁷¹ Acórdão TEDH *G.I.E.M.*, §§ 223 e 224.

³⁷² Tendo em conta os objectos confiscáveis pelo regime da *confisca urbanistica*, não se compreende a condusão destes Juízes, já que confiscar um terreno ilícitamente licenciado não é um acto que se limita a eliminar os

medida punitiva até pode não ter como requisito o perigo, contudo, o mesmo acontece em relação a uma medida compensatória, pelo que, neste sentido, estes argumentos não colhem junto dos Juízes, por não serem susceptíveis de afastar a natureza administrativa (não punitiva) de uma consequência jurídica.³⁷³

De facto, não parece ter sentido afirmar que a ausência do requisito “perigosidade” pode fazer com que uma medida seja de natureza penal. Dada a aparente insustentabilidade desta ideia, esta orientação pode muito bem ter servido apenas e acima de tudo para que o TEDH dissociasse a modalidade da *confisca urbanistica* (punitiva) da modalidade da *confisca preventiva* (não punitiva).

§ 203. O terceiro critério (severidade da sanção) cumpriu-se na sua íntegra também. Esta modalidade revelava-se particularmente severa e intrusiva (“*harsh and intrusive sanction*”), por contemplar o confisco sem direito a indemnização do proprietário de terrenos sem construção, terrenos cuja intenção era a construção, ou cuja destinação foi alterada, e ainda outros adjacentes a estes.

Este aspecto, no seguimento do que vinha acontecendo, não fugiu à reprovação daqueles Juízes, que reputaram o critério como relevante para efeitos da interpretação do conceito “*charge*”, i.e., do art. 6.º da CEDH) e não do art. 7.º (“*penalty*”), já que as medidas administrativas podem ser igualmente severas.³⁷⁴

§ 204. O último critério utilizado resumiu-se ao critério do órgão decisório. Ao invés da técnica *Engel*, foi utilizado autonomamente e não como outro subcritério do segundo critério *Engel*, mantendo-se, porém, intacto o seu fundamento. Para sustentar o preenchimento do critério, o Tribunal defendeu que esta modalidade podia ser aplicada pelos tribunais criminais independentemente de uma decisão das entidades administrativas, não agindo, portanto, em substituição destas.³⁷⁵

Este raciocínio, partindo do pressuposto de que os tribunais criminais só aplicam medidas criminais, rapidamente deixa a nu as fragilidades deste critério. Caindo aquela

efeitos negativos do crime. Os efeitos negativos do crime dizem respeito apenas ao licenciamento e à possível obra que aí tenha sido feita e não ao terreno em si mesmo. Os Juízes partem da premissa daquilo que *deveria* (ou *poderia*) *sera confisca urbanistica* (como sugerido pelo TEDH em *Sud Fondi*) e não tanto daquilo que *é* o efectivo regime vigente em crise.

³⁷³ Declaração de voto (parcial) de vencido dos Juízes Spano e Lemmens no Acórdão *G.I.E.M.*, § 20.

³⁷⁴ *Ibidem*, § 21.

³⁷⁵ Acórdão TEDH *G.I.E.M.*, §§ 228 a 232.

premissa, cai o sentido do critério. Para tal basta lembrar, como fizeram aqueles Juízes³⁷⁶, das medidas reparatórias dos danos sofridos pelos lesados através da prática de um crime.

Não será necessário chegar tão longe. O que este critério faz é apurar a natureza de um objecto em função não dele próprio, mas sim em função de quem o utiliza³⁷⁷. A natureza de um objecto não muda em função do utilizador que pratica a acção, vendo-se assim cortadas as raízes do critério do órgão decisório.³⁷⁸

Posto isto, facilmente se reconhecerá que a técnica *Engel*, na sua plenitude, foi a ferramenta escolhida em *G.I.E.M.* e também em *Sud Fondi* e *Varvara*. Independentemente do mérito da escolha dos critérios, bem como do seu preenchimento, esta constância, por si só, já é digna de salutar.

§ 205. Depois de se declarar, em jeito de resposta ao Tribunal Constitucional italiano, que todas as decisões do TEDH têm o mesmo valor³⁷⁹, e ultrapassada a questão da natureza da *confisca*, restava ao TEDH, dentro da questão penal, submeter o caso à lupa dos arts. 6.º, n.º 2, e 7.º da CEDH.

Em relação ao art. 7.º, o TEDH reforçou, reiterando, a jurisprudência de *Sud Fondi* relativa à exigência do “*mental element*” como requisito da responsabilidade penal tratada nessa disposição. Esta prática reiterada consolida, por isso, o entendimento deste Tribunal que inclui o elemento subjectivo da prática do facto no conceito “responsabilidade penal”. Esta ideia opõe-se à que foi exposta pelos Juízes Spano e Lemmens, para quem o art. 7.º, ao contrário do que parece fazer crer a maioria, não é um instrumento de harmonização da lei penal substantiva dos Estados, porque não tem que ver com os elementos necessários para determinar a responsabilidade penal (*e.g. actus reus e means rea*).³⁸⁰

§ 206. Assente neste pressuposto, lançou-se o TEDH na verificação do preenchimento do requisito “responsabilidade penal” integrado então pelo seu elemento subjectivo, no seguimento de *Sud Fondi*. Nesta tarefa, tiveram-se em conta duas

³⁷⁶ Declaração de voto (parcial) de vencido dos Juízes Spano e Lemmens no Acórdão *G.I.E.M.*, § 22.

³⁷⁷ Tal como o argumentou o Estado italiano no Acórdão TEDH *G.I.E.M.*, § 191.

³⁷⁸ Neste sentido, *id.* §§ 322 a 325 da presente monografia.

³⁷⁹ Cfr. Acórdão TEDH *G.I.E.M.*, § 252, “*In this connection, the Court would emphasise that its judgments all have the same legal value. Their binding nature and interpretative authority cannot therefore depend on the formation by which they were rendered.*”

³⁸⁰ Declaração de voto (parcial) de vencido dos Juízes Spano e Lemmens no Acórdão *G.I.E.M.*, § 27, “*Article 7 is confined to prohibiting, in general terms, the retroactive application of criminal laws and to require that these laws be foreseeable and accessible. It does not regulate the substance of such laws.*”

especificidades do caso concreto: *i)* ninguém foi *formalmente* condenado; *ii)* as pessoas colectivas não participaram no processo em crise.³⁸¹

Sobre este último ponto, e tal como acontecera em *Sud Fondi*, declarou-se violado o art. 7.º em relação a todas as pessoas colectivas, que não participaram em qualquer processo, dada a vigência do princípio da insusceptibilidade de transmissão da responsabilidade penal.³⁸²

Sobrava, portanto, a análise do caso Girona, cujo confronto com o art. 7.º seria feito em função da resposta atinente à questão da forma do requisito “condenação”. Mais concretamente, interessava determinar se, apesar da sua absolvição por prescrição, ainda se podia considerar ter sido ele “condenado” (modo *substancial*) e, dessa forma, não se ter incumprido o disposto naquele preceito.

Após deixar cristalizado que uma sanção criminal pode ser imposta fora de um processo penal *stricto sensu* e por outros órgãos que não os tribunais criminais³⁸³, o Tribunal começou por reconhecer que, não obstante Girona ter sido absolvido por prescrição, ainda assim os tribunais italianos haviam verificado os elementos objectivos e subjectivos do crime de *lottizzazione abusiva*.³⁸⁴ A *Grand Chamber* segue concluindo que este apuramento *substancial* da responsabilidade penal era apto a satisfazer as exigências do art. 7.º, pelo que, em relação a Girona, esta disposição não se mostrava violada.

Alicerçou-se o Tribunal em duas linhas de raciocínio: *i)* deste modo cumpria-se aquela que já vinha sendo a jurisprudência do Tribunal, olhando-se para lá das aparências e apreendendo a verdadeira substância das decisões³⁸⁵; *ii)* esta interpretação do art. 7.º mostrava-se mais eficaz na luta pela prevenção da impunidade, já que a combinação de crimes complexos com curtos períodos de prescrição potenciava uma sistemática impunidade, bem como uma eliminação das indesejadas consequências advenientes da prática do crime.³⁸⁶

Todavia, e simultaneamente, foram apostos freios a esta orientação através da colocação da validade do art. 7.º na dependência do estrito cumprimento das garantias de defesa previstas no art. 6.º. Seguindo esta lógica, sempre que o art. 6.º se mostre incumprido, o art. 7.º, por consequência, também será violado. Não será admitido então um qualquer

³⁸¹ Acórdão TEDH G.I.E.M., § 247.

³⁸² *Ibidem*, § 274.

³⁸³ *Ibidem*, §§ 253 e 254.

³⁸⁴ *Ibidem*, § 258, “*In the present case the Court must therefore ascertain whether, even though the offence of which Mr Girona stood accused was statute-barred, it is entitled to have regard to the elements of that offence, as established by the domestic courts, in order to find that, in substance, there had been a declaration of liability capable of satisfying the prerequisite for the imposition of a sanction compatible with Article 7 of the Convention.*”

³⁸⁵ *Ibidem*, § 259.

³⁸⁶ *Ibidem*, § 260.

apuramento *substantial* da responsabilidade penal, mas apenas aquele que preencher os requisitos do art. 6.º.

§ 207. Com *G.I.E.M.* assiste-se a uma viragem na jurisprudência do TEDH, colocando-se esta alinhada com a do Tribunal Constitucional italiano e em manifesta oposição com aquela que brotou de *Varvara*³⁸⁷, por passar a ser legal a aplicação de uma sanção punitiva no caso de absolvição por prescrição, desde que se tenha apurado a responsabilidade penal de modo *substantial* e se tenham cumprido as exigências processuais do art. 6.º.

Assim sendo, a porta que com *Varvara* se havia fechado volta *aparentemente* a abrir-se com *G.I.E.M.*, passando a *confisca urbanistica* a poder coabitar de novo ao lado das modalidades de *confisca senza condanna*³⁸⁸, já que fulcral passa a ser o apuramento *substantial* de responsabilidade penal e já não uma *formal* condenação (e, claro, as exigências processuais do art. 6.º).

§ 208. A afirmação anterior mostrar-se-ia correcta se o TEDH se tivesse ficado pela aplicação do art. 7.º.

Contudo, a questão da validade da *confisca urbanistica* em relação ao art. 6.º, n.º 2, da CEDH foi levantada por Girona. Na sequência, a *Grand Chamber*, importando a jurisprudência de *Paraponiari*, e apesar de ter considerado não existir violação do art. 7.º, entendeu que a sanção em crise violava o princípio da presunção de inocência, insito no art. 6.º, n.º 2, já que este princípio impede que um Estado declare alguém como culpado pela prática de factos pelos quais já foi absolvido anteriormente.³⁸⁹

Nestes termos, na verdade, não se permitiu a (re)entrada da *confisca urbanistica* na categoria das modalidades de *confisca senza condanna*, dado que ela é sempre aplicada na sequência de uma condenação ou absolvição (ou arquivamento) pela prática do crime de *lottizzazione abusiva*.

³⁸⁷ Assim também, Juízes Sajó, Karakas, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris e Grozev, na sua Declaração conjunta de voto de vencido (parcial) no Acórdão *G.I.E.M.*, § 13, “*For the above-mentioned reasons, the present judgment can only be interpreted as establishing an exception to the general rule in Varvara that imposing penalties is banned after the expiry of statutory limitation periods and in the absence of a formal conviction.*”

³⁸⁸ Neste sentido parece andar Paulo Pinto de Albuquerque, no seu voto de vencido parcial no Acórdão TEDH *G.I.E.M.*, § 63, quando afirma que o TEDH aparentemente tentou salvar a qualquer custo a *confisca urbanistica senza condanna* em relação a Girona (“*What is more, in their apparent effort to save confisca urbanistica senza condanna at any cost in the case of Mr. Girona?*”).

³⁸⁹ Acórdão TEDH *G.I.E.M.*, §§ 317 e 318.

Assim, a única solução possível para que esta modalidade de confisco se apresente validamente como uma *confisca senza condanna* seria a de a desligar de um processo penal. Por outras palavras, de forma a não existir um processo penal, ter-se-ia de descriminalizar a conduta de *lottizzazione abusiva* para confiscar os terrenos e obras licenciados ilegalmente. Desta forma, o agente, no processo da *confisca*, não gozaria das garantias do princípio da presunção de inocência nascidas num processo penal anterior. Esta hipótese obrigaria a uma total reconfiguração da *confisca urbanistica* que, em comum com a anterior, teria os objectos confiscáveis.

Por tudo isto, não há agora margem para dúvidas de que, com *G.I.E.M.*, a *confisca urbanistica* deixa de poder assumir-se como uma modalidade de *confisca senza condanna*. No seguimento daquilo que já havia sido decidido em *Varvara* (apesar de o fundamento ser totalmente distinto), deve ela então retroceder para aquela que era a sua forma inicial, exigindo-se então, para a sua aplicação, que o confiscado tenha sido condenado criminalmente pela prática do crime de *lottizzazione abusiva* (art. 240.º do Código penal italiano).

§ 209. Quando foi levantada a hipótese de reconfiguração do seu regime, partiu-se de um pressuposto que consubstancia aquela que se afigura ser a principal consequência da jurisprudência de *G.I.E.M.* para as modalidades de confisco sem condenação.

Ao mesmo tempo em que se proíbe a entrada da *confisca urbanistica*, dá-se permissão de entrada naquela categoria às sanções *punitivas* que sejam aplicadas sem que tenha havido uma condenação *formal*. A grande inovação que aqui se dá tem que ver, então, com a composição das modalidades de confisco sem (formal) condenação: no seu seio passam a poder instalar-se validamente não só as medidas não punitivas (*e.g. civil forfeiture* e *confisca preventiva*), como também medidas punitivas (mesmo que aplicadas em procedimentos criminais prescritos, mesmo que através de uma *substancial* condenação, desde que, porém, sejam relativas a “crimes complexos”).

§ 210. Em síntese, a *confisca urbanistica* perde eficácia no mesmo grau instituído por *Varvara*, se bem que por fundamentos distintos: violação do art. 6.º, n.º 2, (*G.I.E.M.*) e não do 7.º (*Varvara*).

Ora, não é preciso um olhar muito atento para encontrar uma incompatibilidade entre o resultado anterior e a própria técnica jurisprudencial levada a cabo em *G.I.E.M.*. Se, segundo este, a validade de uma *substancial* condenação (art. 7.º) está dependente da validade

do art. 6.º, sempre que esta não se verifique a do art. 7.º também não verificará. É crasso como no *caso Gironde* acontece precisamente o contrário do que ele próprio determinou: o art. 6.º, apesar de violado, não desembocou na violação do art. 7.º.³⁹⁰

Não só se assinala esta incongruência na aplicação da jurisprudência do Tribunal, como se manifestam ainda grandes reservas no que respeita à validade da premissa onde ela assenta: cumpre com o art. 7.º da CEDH *i*) a sanção (punitiva) aplicada a uma pessoa na sequência de uma absolvição por prescrição, desde que haja uma *ii*) condenação *substancial*; e *iii*) o art. 6.º não se mostre violado.

Independentemente de se concordar com esta opção, é evidente o seu carácter mais restritivo do que em *Varvara*. Esta asserção, em si mesma, não é preocupante, porque pode haver razões válidas para se aumentar o grau restritivo de uma norma sancionatória. Daqui vê-se como os fundamentos da asserção se revelam, portanto, determinantes na edificação de um juízo de valor.

Partidos para o caso concreto, em *G.I.E.M.* gera-se desassossego quando se conhecem os motivos que suportam a escolha do requisito “condenação *substancial*”. O critério definidor da escolha foi a eficácia de um sistema penal, o que só por si também não é necessariamente censurável. Conquanto, havidos os dois termos da balança, vê-se um manifesto desequilíbrio. Transformar aquilo que é uma *formal* absolvição numa *substancial* condenação para assim se punir um agente, que, de outro modo, escaparia às malhas da justiça, é adoptar uma técnica jurisprudencial *liberticida*³⁹¹ que não deve ter lugar num Estado de direito democrático. O próprio termo “condenação *substancial*” encerra em si mesmo uma tamanha indefinição que acaba por tornar o termo ainda mais censurável, dada a analogia *in maiorem partem*. Para não falar do próprio âmbito de aplicação que aparentemente diz respeito apenas aos crimes “complexos”³⁹²: transforma-se uma *formal* absolvição em algo que se assemelharia a uma condenação pela prática de crimes *complexos*.

³⁹⁰ Esta contradição é reconhecida também pelo Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, no seu voto de vencido parcial no Acórdão TEDH *G.I.E.M.*, § 63: “*It is beyond my understanding why the majority do not apply their own test to the case of Mr. Gironde. In his case, there was no “strict compliance” with the guarantees of Article 6 and, therefore, according to the majority’s own test, there should be a violation not only of Article 6, but also of Article 7.*” Assim também, Juízes Sajó, Karakas, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris e Grozev, na sua Dedaração conjunta de voto de vencido (parcial) no Acórdão *G.I.E.M.* dos, § 23.

³⁹¹ Expressão utilizada pelo Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, no seu voto de vencido parcial no Acórdão TEDH *G.I.E.M.*, § 62, num momento em que, como a expressão indicia, não poupou críticas à opção da maioria: “*Such liberticidal case-law shows the worst face of Europe in recent criminal law history, as if Dei Delitti e delle Pene had never been written.*”

³⁹² Crítica também feita pelos Juízes Sajó, Karakas, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris e Grozev, na sua Dedaração conjunta de voto de vencido (parcial) no Acórdão *G.I.E.M.*, §§ 13 e 14.

Esta necessidade de punir manifesta-se não só no *modo*, mas também no *tempo*, através do afastamento do regime das prescrições. A punição desta *complexa* criminalidade justifica ainda, aos olhos do TEDH, que se possa punir a todo o tempo.

Fazendo o tempo parte da essência do direito penal e, mais concretamente, das suas reacções criminais, afastar o instituto da prescrição é retirar sentido a estas consequências e, por conseguinte, ao direito penal de um Estado de direito democrático. Na génese do princípio³⁹³ da legalidade está precisamente este vector *tempo*, que comanda a aplicação do direito penal em função de um momento (previsibilidade). Certo é que a previsibilidade de uma norma certa e determinada (princípio da legalidade) não se deve confundir com o momento da punição (*e.g.* prescrição penal), porém, ambas partilham daquele vector bem como da pretensão punitiva. Independentemente da localização sistemática do instituto da prescrição como obstáculo processual, substantivo ou misto³⁹⁴, a insustentável indefinição deixada em torno do seu âmbito de aplicação (condenação *substancial* por crimes *complexos*³⁹⁵) vicia-o, incompatibilizando-o com o princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade do art. 7.º, ao contrário daquilo que a maioria defendeu em *G.I.E.M.*³⁹⁶

Ainda sintomático desta incompreensível instrumentalização do ser humano apresenta-se o facto de se fazer depender a validade do princípio da legalidade (art. 7.º) dos requisitos processuais (art. 6.º), transmitindo-se a ideia de que se podem trocar (“*trade-off*”³⁹⁷)

³⁹³ Sobre a sua natureza no direito português, veja-se o que se disse no Acórdão n.º 183/2008 do TC português, no sentido de que não se trata aqui de “*apenas de um princípio constitucional mas de uma “garantia dos cidadãos”, uma garantia que a nossa Constituição – ao contrário de outras que a tratam a respeito do exercício do poder jurisdicional – explicitamente incluiu no catálogo dos direitos, liberdades e garantias*”.

³⁹⁴ No Acórdão *G.I.E.M.*, fica a ideia de que o instituto da prescrição tem natureza substantiva porque não só trata a questão no momento que aplicam o art. 7.º, como também porque, depois de falarem nas restrições (condenação *substancial* e *prescrição*), referem a dependência destas em relação a algo externo, *sc.* requisitos do art. 6.º, pelo que se deduz que o instituto da prescrição não fará parte desta disposição, mas sim do art. 7.º. Sobre a natureza jurídica e a localização sistemática do instituto da prescrição, *vd.* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. Parte Geral, Tomo II.*, pp. 700 e ss.

³⁹⁵ Cfr. § 18 da Dedaração conjunta de voto de vencido (parcial) no Acórdão *G.I.E.M.* dos Juízes Sajó, Karakas, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris e Grozev: “*We consider that the “complexity” of the offences at hand is also too poor a criterion for such an important exception. At least, the majority do not advance any means by which we could distinguish a “complex” case from a “simple” one.*”

³⁹⁶ Na Dedaração conjunta de voto de vencido (parcial) no Acórdão *G.I.E.M.*, os Juízes Sajó, Karakas, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris e Grozev defendem a incompatibilidade da sanção em relação ao art. 7.º independentemente da mencionada indefinição. Por entenderem, no § 11, que o TEDH considera que o instituto da prescrição tem uma vertente substantiva e que, por isso, interage com o art. 7.º, defendem que a arbitrariedade da sanção conflituaria com esta disposição: “*Even if the Court has previously afforded some latitude to member States in the application of statutory limitation periods, it has never found them to be completely irrelevant for Article 7 purposes (...). A general rule based on a “substantive” declaration of guilt that transforms statutory limitations into meaningless formalities would be an invitation to arbitrariness.*”

³⁹⁷ Cfr. voto de vencido parcial no Acórdão TEDH *G.I.E.M.* do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, § 63, “*In this misguided spirit, the majority go so far as to admit the inadmissible in a State governed by the rule of law when applying Article 7 to Mr Gironda: a trade-off between non-derogable Article 7 guarantees and derogable Article 6 rights.*”

garantias daquele por garantias processuais, numa espécie de compensação ou negociação entre regimes.³⁹⁸

É certo que, no final das contas, apesar de o ter feito por linhas tortas, a compatibilização da exclusão do instituto da prescrição e das condenações *substanciais* com o art. 7.º despoletou uma espécie de reacção imunológica do sistema penal que acabou por combater aquela indesejada e insustentável desestabilização através do art. 6.º, n.º 2, da CEDH. Porém, gera-se preocupação em relação a futuras decisões de casos onde não surja esta reacção, por, p. ex., inexistir um processo penal prévio à imposição de uma sanção punitiva num processo autónomo que desemboque numa absolvição, nos termos supramencionados.

§ 211. Não se deixa de cogitar que, se de facto houve da parte do TEDH uma intenção em preservar a validade da *confisca urbanistica senza condanna* num confronto com o art. 7.º, uma via mais adequada, subtil e inócua para a dogmática do direito penal seria aquela que afastasse a natureza penal desta modalidade através da utilização de outros critérios ou através de um distinto preenchimento (em sentido contrário) dos usados critérios *Engel*. As dessintonias que podem advir de uma (in)correcta avaliação da natureza de uma medida evidenciam, aqui e de novo, a importância deste juízo prévio à (possível) aplicação do direito penal.

Mesmo que se tivesse considerado que a *confisca urbanistica* não tinha natureza penal, ainda assim a sua aplicação mostrar-se-ia ilegítima, dado que o Tribunal considerou que o P1-1 foi violado porque a sanção se apresentava desproporcional relativamente ao objectivo a que se propunha.³⁹⁹

As diferentes interpretações que podiam resultar de *Varvara* lançaram a necessidade de uma decisão como a de *G.I.E.M.* Todavia, este Acórdão cria a convicção de que aquela necessidade não só não foi satisfeita como, ao invés, pelo sentido que se tomou, parece inclusivamente ter sido exponenciada, dada a evidente contradição existente entre *Varvara* e esta última decisão.

³⁹⁸ *Vd.* Declaração conjunta de voto de venido (parcial) no Acórdão *G.I.E.M.*, os Juízes Sajó, Karakas, Pinto de Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris e Grozev, § 22, “*We believe that this reasoning is legally untenable and sets a dangerous precedent. According to the majority, a violation of Article 7 depends on compliance with Article 6 guarantees, which means that respect for Article 6 may compensate for a violation of Article 7. It is imperative that those two analyses are kept separate. The principle of legality enshrined in Article 7 is a guarantee of substantive criminal law that cannot logically depend on procedural safeguards. Respect for Article 6 guarantees does not say anything about the permissibility of State action under Article 7. Compliance with Article 6 is no bargaining chip in respect of an Article 7 violation. The door of negotiation between procedural and substantive guarantees should not be opened.*”

³⁹⁹ *Vd.* Acórdão TEDH *G.I.E.M.*, §§ 303 e 304.

2.5.1. Síntese

§ 212. Terminada a análise destas três decisões do TEDH atinentes à *confisca urbanística*, delas sobressai a importância da questão da natureza de uma consequência jurídica.

Todavia, a constante consideração de que o art. P1-1 foi violado fez com que essa questão, não obstante importante, não se tenha revelado decisiva no sentido da validade da modalidade de *confisca*.

Saindo do plano do caso concreto e tendo em mente as repercussões da jurisprudência destes casos na formação da jurisprudência do Tribunal, verifica-se que o apuramento da natureza foi determinante na conformação do que brota desta fonte de direito. Não fora a consideração de que a *confisca urbanística* era uma medida de natureza penal e o art. 7.º não tinha sequer entrado em jogo. O mesmo não se poderá dizer, porém, em relação ao art. 6.º, n.º 2, já que, como se decidiu em *G.I.E.M.* na linha de *Paraponiaris*, estas garantias podem nascer num processo anterior àquele onde a medida sob análise foi aplicada, não sendo aqui a questão da natureza a pedra-de-toque do tratamento de princípios penais.

Estas três decisões de *confisca urbanística* vêm juntar-se a *Welch* e *Geerings* dentro da categoria das decisões do Tribunal que se pronunciaram a favor da invalidade de medidas de confisco. Sem embargo, de todas elas, somente em *Welch* foi a natureza penal decisiva no sentido da declaração da invalidade (violação do princípio da não retroactividade da lei penal).⁴⁰⁰

§ 213. Os reflexos de cada uma das decisões de *confisca urbanística* na jurisprudência penal do TEDH podem ser sintetizados assim: *i*) não se deve aplicar uma modalidade de confisco sobre factos pelos quais um agente já foi absolvido (*G.I.E.M.*, no seguimento de *Geerings* e *Paraponiaris*); *ii*) na aplicação de uma medida punitiva há que respeitar o princípio da insusceptibilidade de transmissão da responsabilidade penal, não podendo ela recair sobre terceiros alheios à prática dos factos em crise (*G.I.E.M.*); *iii*) a aplicação de uma sanção criminal exige a presença do requisito objectivo “*actus reus*” e do requisito subjectivo “*mens rea*” (não obstante, o Tribunal deixar em aberto a possibilidade de ser válida a vigência de

⁴⁰⁰ Em *Geerings* foram os efeitos das garantias do art. 6.º, n.º 2, da CEDH brotados do processo anterior que fizeram invalidar a modalidade de perda alargada, no seguimento do que se disse no parágrafo anterior, e, nas decisões de *confisca urbanística*, com o já se salientou, a invalidade deu-se também em relação ao P1-1.

sistemas de responsabilidade penal objectiva)⁴⁰¹ (*G.I.E.M.*); *iv*) a aplicação de uma medida punitiva pela prática de crimes complexos não viola o princípio da legalidade penal mesmo que aplicada após a prescrição do procedimento criminal (*G.I.E.M.*); *v*) a aplicação de uma medida punitiva por ocasião de uma condenação *substantial* relativa a crimes complexos não viola o art. 7.º da CEDH (*G.I.E.M.*).

§ 214. De todas as decisões aqui analisadas, as atinentes à *confisca urbanistica* são as primeiras que têm por consequência um necessário repensamento sobre um regime jurídico de confisco no seu todo.

Enquanto *Geerings* e *Welch* obrigaram a um mero reajustamento através da redução do âmbito de aplicação da modalidade da perda alargada, em *Varvara* e *G.I.E.M.*, embora com fundamentação distinta, atacaram-se as bases do regime da *confisca urbanistica* que, na sequência, se desmoronou enquanto modalidade aplicada independentemente de uma condenação penal (*confisca senza condanna*).

Na tarefa de reconstrução desta modalidade, para a compatibilizar com o direito da CEDH, parece não bastar fazê-la depender de uma condenação penal prévia (retornando-se, assim, ao regime anterior do art. 240.º do Código penal italiano), tendo em conta também a verificada violação do princípio da proporcionalidade no seio do direito da propriedade (P1-1).

Como indicado pelo próprio Tribunal, parece ser legítima uma *confisca urbanistica* que se limite a eliminar os efeitos negativos do crime de *lottizzazione abusiva*, *sc.* perda da licença de construção e demolição das construções. Assim sendo, o claro e expresso comando normativo-jurisprudencial a que o Estado italiano está sujeito faz com que o repensamento sobre a (re)construção desta modalidade não se revele mergulhado em indefinição, pelo simples motivo de que os seus traços essenciais já foram avançados pelo TEDH.

§ 215. O entendimento do Tribunal que procura identificar a *confisca urbanistica* como uma modalidade de confisco de vantagens pode ter estado na origem da constante referência em *G.I.E.M.* ao elevado grau de severidade da medida. Esta característica foi inclusivamente utilizada para sustentar a natureza punitiva (segundo critério *Engel*) da medida. Não será, por isso, irrazoável pensar que pode ter sido a não limitação desta modalidade às vantagens

⁴⁰¹ Assim também, NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 238. *Vd.* Acórdão TEDH *Salabiaku v. France*, Proc. n.º 10519/83, de 7 de Outubro de 1988, § 27, e Acórdão TEDH *Janosevic v. Sweden*, § 100.

(direitos) que contaminou todo o raciocínio atinente à conclusão final da natureza penal da *confisca urbanística*.

Ao mesmo tempo, através dos critérios de apuramento da natureza utilizados em *G.I.E.M.* não resulta linear que, mesmo que a modalidade se cingisse às vantagens do crime, a *confisca urbanística* não continuasse a ser vista como penal. Isto porque, se se excluísse o critério da severidade e o primeiro critério *Engel*, a medida continuaria a não depender de um requisito respeitante à *perigosidade*, na sequência da contestada argumentação seguida nesta decisão. É de acreditar que, isoladamente, este argumento não teria sido utilizado pelo Tribunal como critério decisivo para apurar a natureza penal.

§ 216. Centrados nos critérios utilizados pelo TEDH nestas decisões de *confisca urbanística*, uma conclusão que se extrai é de certa forma surpreendente, quando se tem em mente aquela que vinha sendo a sua jurisprudência.

Em retrospectiva, os únicos casos onde se utilizaram os três critérios *Engel* foram *Walsh (civil forfeiture)* e *Dassa* (confisco clássico de bens de terceiro), circunstância que lhes confere um carácter de excepção à regra (não utilização conjunta dos critérios *Engel*). Assim sendo, os casos de *confisca urbanística* também constituirão uma excepção, por se ter aplicado este conjunto de critérios.

§ 217. Esta feição excepcional diz respeito à escolha dos critérios a utilizar. Há, porém, ainda outro motivo que leva a crer que os casos de *confisca urbanística* fogem à linha jurisprudencial que constitui a regra. O argumento não se ancora na escolha dos critérios, mas naquilo que se lhe segue, i.e., na sua aplicação, mais concretamente no resultado do preenchimento.

Nos casos de *confisca urbanística*, o resultado da aplicação dos critérios *Engel* foi o seu preenchimento e a consequente declaração da natureza penal da medida. São eles os únicos cuja a aplicação total dos critérios *Engel* desembocou neste resultado. Até então, apenas em *Welch* e *Geerings* se declararam violadas normais penais da CEDH, contudo em nenhuma destas se utilizou conjuntamente os três critérios *Engel*.

Mais, numa análise relativa aos grupos de decisões sobre as modalidades de confisco tratadas, o único grupo onde se verifica uma constância em relação à escolha dos três critérios *Engel* e em relação ao resultado da aplicação (preenchimento) é o da *confisca urbanística*. Há, neste sentido, uma técnica de aplicação homogénea no que respeita àqueles parâmetros, dos

quais se exclui, então, a fundamentação do preenchimento, que se viu distinta no núcleo deste grupo de decisões.

Por tudo isto, as três decisões sobre *confisca urbanistica* apresentam-se como excepcionais no que tange à escolha dos critérios, ao resultado da aplicação (preenchimento) e à sua homogeneidade relativa aos dois anteriores parâmetros.

§ 218. Ao invés do que sucedeu no *caso Walsh* (perda alargada), na *confisca urbanistica* os critérios *Engel* não foram os únicos utilizados: em *Sud Fondi* e *Varvara* foram cumulados com o critério da sequência e em *G.I.E.M.* com o critério do órgão decisório.

Retidos sobre os casos *Sud Fondi* e *Varvara*, o critério da sequência foi aplicado e dado como não preenchido, contudo, mesmo assim, a natureza penal foi reconhecida pelos critérios *Engel*. Esta circunstância permite concluir, no seguimento do que foi dito em relação a *Geerings*, que, para apurar a natureza penal, não é necessário um preenchimento cumulativo, mas sim alternativo, dos critérios *Engel* com o critério da sequência. Até então, sempre que foram aplicados conjuntamente, o resultado do preenchimento foi idêntico⁴⁰², o que consubstanciava uma circunstância desestabilizadora para avançar com uma segura resposta à pergunta sobre o seu modo de interação.

Com a *confisca urbanistica* fica-se a saber que se pode considerar que uma medida é penal (preenchimento dos critérios *Engel*) mesmo não tendo sido aplicada na sequência de uma condenação (não preenchimento do critério da sequência). Com *Geerings*, tendo sido o critério da sequência o único utilizado, conheceu-se o carácter decisivo do seu preenchimento no apuramento da natureza. Todavia, em *Sud Fondi* e *Varvara* - como é aí expressamente reconhecido - viu-se que o seu não preenchimento não é decisivo (em oposição a *Yildirim*), podendo a natureza ser apurada por outros meios (“*se rattachait*”).

Nestes termos, é forçosa a conclusão de que o critério da sequência e o conjunto dos critérios *Engel* são alternativos entre si. Parece ser precisamente este carácter alternativo, aliado ao carácter não decisivo do não preenchimento do critério da sequência, que sustenta o afastamento da sua aplicação em *G.I.E.M.*

§ 219. Com a decisão *G.I.E.M.*, no que tange à aplicação do art. 7.º da CEDH, o critério da sequência - embora não tenha sido aqui aplicado - conheceu uma significativa

⁴⁰² Sempre que o critério da sequência e o segundo critério *Engel* foram escolhidos conjuntamente (*Dassa Foundation, Welch, Butler e Gogitidze*) ou foram ambos preenchidos (*Welch*) ou não foram (*Riela, Dassa, Butler e Gogitidze*).

alteração, passando a apresentar-se da seguinte forma: terá natureza penal a medida aplicada na sequência (por ocasião) de uma *responsabilidade penal* (*actus reus* e *mens rea*) declarada *substancialmente* (condenação *substancial*).

Contudo, ao mesmo tempo em que, deste modo, se aumentam as possibilidades de ele se dar como preenchido, constata-se uma perda de importância do critério, dado que agora pode ele não ser preenchido e, ainda assim, ser reconhecida a natureza penal de uma medida.

Esta perda de protagonismo do critério da sequência enfatizou, por conseguinte, a importância dos critérios *Engel* na tarefa de identificar a natureza penal.

§ 220. Numa análise individualizada de cada um dos critérios *Engel*, verifica-se que o primeiro critério *Engel* é dado como preenchido. Esta tarefa deteve-se na (sistematização da) norma escrita italiana e não na prática doutrinal e jurisprudencial italiana, ao contrário do que defenderam os Juízes Spano e Lemmens, em *G.I.E.M.*, e o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque em *Varvara*.

No que respeita ao segundo, tal como só havia sucedido em *Welch*, considerou-se que a medida de confisco era punitiva. Esta escolha do critério não mereceu críticas de dentro do Tribunal, ao contrário do que sucedeu em relação ao seu preenchimento, na medida em que para aqueles Juízes a medida não era punitiva.

É a escolha do terceiro critério que mais admira, tendo em conta que a jurisprudência do TEDH que vinha sendo constante seguia o entendimento (como é reforçado pelo Juiz Paulo Pinto de Albuquerque em *Varvara*) nos termos do qual o critério “severidade” não deveria ser aplicado por não ter mais do que um papel meramente confirmativo da natureza.

Não obstante esta não ser uma conclusão necessária, de facto, sempre que se considerou que a medida era punitiva (segundo critério) entendeu-se que ela era também severa, o que parece reforçar a ideia do carácter tautológico do terceiro critério. Aliás, na decisão *Sud Fondi*, o critério da severidade é inclusivamente tratado como subcritério do segundo critério *Engel*. Uma mistura que parece salientar esta identidade entre punição e severidade.

§ 221. Da técnica *Engel* aplicada em todas as decisões de *confisca urbanística* e das técnicas utilizadas pelos Juízes nas suas declarações, a aplicação do segundo critério, reduzido ao subcritério “função”, é a única que é comum a todas elas, sendo, neste sentido, um critério

unanimemente reconhecido como válido, necessário e determinante no apuramento da natureza penal de uma consequência jurídica.

Em todas as decisões perscrutadas, sempre que ele foi aplicado, o resultado final da natureza da norma coincidiu com o seu (não) preenchimento. É uma medida penal se for punitiva. Não é penal se não for punitiva.

Mais uma vez, não é na escolha do (sub)critério “função”, mas no seu preenchimento que reside, neste âmbito, a discórdia entre os juízes e a maioria. Da sua aplicação continuam a brotar resultados distintos.

Embora exista uma divergência quanto ao resultado, em todas aquelas técnicas de preenchimento houve uma premissa sempre constante, qual seja a de que as medidas compensatórias ou restitutórias e as que tem por objectivo prevenir perigos não são medidas punitivas. A técnica de aplicação do (sub)critério “função” reduz-se assim à tarefa de categorizar a medida como: *i)* compensatória ou restitutória; *ii)* preventiva de perigos; *iii)* punitiva.

§ 222. Uma das principais conclusões que vinha sendo formada acerca da evolução da técnica *Engel* na jurisprudência do TEDH em matéria de confisco, segundo a qual esta técnica andava esquecida pelo Tribunal, é contrariada, então, nas decisões sobre *confisca urbanistica*.

Este súbito reaparecimento desta técnica, embora contrariando a tendência, não a redirecciona, já que continua a predominar a não aplicação da técnica *Engel*. Conquanto, não deixa de ser simbólico que uma das decisões mais recentes (*G.I.E.M.*) recorra a esta técnica. Se a este facto se juntar a ideia de que esta foi ainda aplicada nas decisões *Sud Fondi* e *Varvara*, levanta-se a hipótese de que se pode estar a assistir a um redireccionamento da jurisprudência, regressando ela às suas origens, representadas pelos três critérios *Engel*. Tudo isto porque pensar na natureza da *confisca urbanistica* é (voltar a) pensar na técnica *Engel*.

3. Apreciação crítica do método do TEDH

Casos	1.º Cr. Engel	2.º Cr. Engel	3.º Cr. Engel	Cr. da sequência	Cr. da nat. processo	Cr. da culpa	Cr. do órgão	Conclusão
Paraponiaris	-	-	-	-	-	-	-	Não Penal
Agosi	-	-	-	-	-	-	-	Não Penal
Air Canada	-	-	-	-	-	-	-	Não Penal
Yildirim	-	-	-	✗	-	-	-	Não Penal
Dassa	✗	✗	✗	✗	-	-	-	Não Penal
Welch	-	✓	-	✓	-	✓	-	Penal
Phillips	✗	-	-	-	✗	-	-	Não Penal
Van Offeren	✗	-	-	-	✗	-	-	Não Penal
Geerings	-	-	-	✓	-	-	-	Penal
Butler	-	✗	-	✗	✗	-	-	Não Penal
Webb	-	✗	-	-	-	-	-	Não Penal
Walsh	✗	✗	✗	-	-	-	-	Não Penal
Gogitidze	-	✗	-	✗	-	-	-	Não Penal
Marandino	✗	✗	-	-	-	✗	-	Não Penal
Raimondo	-	✗	-	-	-	✗	-	Não Penal
Arcuri	-	✗	-	-	-	✗	-	Não Penal
Riela	-	✗	-	✗	-	✗	-	Não Penal
Sud Fondi	✓	✓	✓	✗	-	-	-	Penal
Varvara	✓	✓	✓	✗	-	-	-	Penal
G.I.E.M.	✓	✓	✓	-	-	-	✓	Penal

-	Não aplicado	✗	Aplicado e não preenchido	✓	Aplicado e preenchido
---	--------------	---	---------------------------	---	-----------------------

§ 223. O que se pretende de seguida é analisar o mérito do processo do TEDH na criação, escolha e aplicação dos critérios de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica.

3.1. O primeiro critério *Engel*

§ 224. Os critérios nasceram no *caso Engel*, onde estavam em jogo infracções de direito disciplinar, motivo pelo qual se disse que os critérios *Engel* nasceram de medidas aplicadas na sequência de uma violação de normas disciplinares.

A mera edificação dos critérios *Engel* representou uma necessidade do TEDH. Se são as normas nacionais o objecto de análise, então a determinação da natureza jurídica por parte

de um Estado não é pelo menos decisiva, caso contrário não faria sentido a criação de critérios pelo Tribunal.

Foi precisamente esta a fundamentação que o TEDH utilizou de modo expresso para justificar esta construção, no momento em que reconheceu a necessidade de estabelecer noções autónomas de “*criminal charge*” (art. 6.º, n.º 2, da CEDH) e “*criminal offence*” (art. 7.º da CEDH). Aqui ficou-se a saber pelo Tribunal que o carácter não decisivo da classificação nacional se deveu a uma desacreditação dos Estados sob a sua alçada, que podiam avaliar incorrectamente a medida e, independentemente da intenção, acabariam por poder levar a cabo uma troca (ou até burla) de etiquetas.

Podem ter sido este o raciocínio que esteve na base da criação do primeiro critério *Engel*. Se assim for, este critério espelha a origem da criação da técnica *Engel*.

O modo como foi corporizado reflecte esta presunção: se o Estado classifica a medida como penal, não se justifica a aplicação dos critérios *Engel*. Neste caso, só há que avaliar se os princípios e garantias do direito penal e processual penal foram validamente cumpridos (validade da *aplicação*) de acordo com a CEDH. Se não for classificada como penal pelo Estado então, salvaguardando-se a posição da pessoa, tem de se perceber se foi válida a não aplicação das normas penais (validade da *não aplicação*).

§ 225. Não aplicar o direito penal quando se deve ou aplicá-lo erradamente em desfavor de um agente são ambas circunstâncias indesejáveis e que ocorrem em fases distintas, já que a última hipótese (aplicação (in)válida) depende da primeira (aplicação). Se contribuem para o mesmo fim, *sc.* válida aplicação do direito penal, então a importância de um critério de identificação da natureza penal, embora não necessariamente, poderá concorrer com a do próprio direito penal. De nada serve que existam garantias ou princípios de direito penal se eles não forem aplicados, não obstante, como já salvaguardado, a identificação da natureza jurídica não ditar, sem mais, o direito aplicável à consequência jurídica. Este é o plano do *se* do direito penal e não no plano do *como*, i.e. no seu modo de aplicação.

Estes raciocínios estão cristalizados no primeiro critério *Engel*, que espelha o fundamento da criação da técnica *Engel*, sendo, portanto, um “mero ponto de partida” na identificação da natureza penal.

Contudo, tem havido uma premissa que tem trespassado este momento e que, apesar de óbvia, importa salientar. Este critério só existe porque o ente que avalia a natureza é distinto daquele que criou a medida. Assim sendo, o critério da classificação nacional é um

critério aplicado por um terceiro em relação ao Estado. Por conseguinte, não servirá ele como critério a utilizar pelo próprio aplicador da consequência. É a indefinição em torno da natureza que despoleta a aplicação de critérios por parte do próprio Estado. Mas, este critério logicamente não lhe serve para “consumo interno”.

§ 226. A criação deste critério está umbilicalmente ligada a uma finalidade do próprio TEDH, que é a necessidade de aplicar o direito por um órgão independente e imparcial, circunstância típica de um Estado de direito democrático.

Se há um conflito entre uma pessoa e um Estado em torno da natureza penal de uma medida, o TEDH, de modo imparcial, deve colocar-lhe um ponto final. Ora, fazer depender a natureza jurídica de uma consequência jurídica única e exclusivamente do critério da classificação nacional seria resolver o conflito das partes sempre em função de ações do Estado.

No fundo, a ausência de quaisquer outros critérios num processo de avaliação feito por um terceiro constituiria um acto pusilânime, uma fuga ao compromisso do TEDH na tarefa de aplicar o direito. Como é evidente, no seu processo decisório deve incluir-se a identificação da natureza, não fazendo sentido pensar na hipótese de o TEDH poder estar vinculado às conclusões jurídicas das partes sobre a natureza de uma consequência.

É certo que, se o Estado declarar que a medida é penal, o Tribunal segue essa orientação. Contudo, quando assim é não existe um conflito entre uma pessoa e um Estado em torno da natureza da medida, mas apenas em relação à validade das normas aplicáveis em função dessa natureza. Quer isto dizer que só em situações de conflito sobre a natureza é que o TEDH deve ser chamado a intervir, i.e. só quando o Estado considerar que não é penal é que devem ser aplicados os critérios *Engel* (parte-se da premissa de que, para a pessoa, a medida é penal, como aconteceu nos casos perscrutados).

§ 227. É importante não confundir a ausência de conflito por causa de uma expressa declaração do Estado, que confirma a natureza penal e a consequente desnecessidade de apurar a natureza, com a decisão do TEDH em relação ao concreto entendimento do Estado sobre a natureza. Esta última questão diz respeito já ao modo como o primeiro critério *Engel* foi edificado e já não ao fundamento que o sustenta.

Se se atentar ao modo como o TEDH opera no primeiro critério *Engel* (por ex., no caso *G.I.E.M.*), é sabido que ele é preenchido se se considerar que, para o Estado, a medida é penal, mesmo que esse Estado, nesse processo, defenda o contrário. O Tribunal decide o

conflito sobre a natureza pura e simplesmente desprezando aqueles que são os argumentos lançados em sede judicial pelo Estado. A contradição que parece aqui existir encontra-se no próprio fundamento do sentido da decisão: o entendimento do Estado (e não o direito). Ora, não existirá ninguém melhor do que o próprio Estado para demonstrar qual é o *seu* entendimento sobre a natureza de uma medida sua. Questão distinta, e que parece ser confundida, é se se considera que esse entendimento é válido⁴⁰³. Parece existir aqui uma desacreditação da argumentação do Estado em favor da pessoa. Vistas bem as coisas, o que o Tribunal faz é interpretar um regime jurídico e declarar qual é a interpretação do Estado. Não se trata de dizer qual é a *sua* interpretação, mas sim a do *Estado*. Não é o direito que comanda a decisão. São considerações sobre entendimentos de terceiros. No fundo, o TEDH limita-se a dizer que a interpretação do Estado não é aquela que ele acredita e diz ser. Para o contrariar, socorre-se do seu passado, investigando as normas, a doutrina e a jurisprudência do Estado.

Assim, o TEDH não decide o conflito em torno da natureza aplicando o direito. O TEDH extingue o conflito através da alteração das suas premissas: inicialmente em desacordo, as partes passam a estar “artificialmente” de acordo sobre a natureza penal da medida, porque o TEDH determinou que a interpretação do próprio Estado era outra que não aquela que ele diz ter. Assim, se já estão de acordo não há que decidir o conflito, i.e., não há que apurar a natureza. Todavia, não obstante parecer que não há um conflito quando se preenche o primeiro critério, é evidente que o conflito se mantém, pelo simples motivo de que o Estado não está de acordo, como comprova toda sua defesa atinente à natureza (não) penal nos processos judiciais do TEDH examinados.

§ 228. Ora, esta técnica *sui generis* de extinguir um conflito através da forçada alteração da interpretação que o Estado faz dos seus próprios pensamentos, com o efeito de não se levar a cabo a tarefa de apurar a natureza, não assenta num fundamento válido.

Um critério só tem sentido de ser aplicado numa situação de conflito e a sua aplicação serve precisamente para a resolver. Nem que seja um conflito interno sob forma de dúvida

⁴⁰³ Sobre a problemática de afirmações verdadeiras, *vd.* THOMAS NAGEL, *The View from Nowhere*, Oxford University Press, New York, 1986, p. 58, “The statement “I am TN” is true if and only uttered by TN. The statement “Today is Tuesday” is true if and only uttered on Tuesday. To understand the operation of such statements it is necessary only to place them in their context of utterance in an entirely centerless conception of the world; then we see that their significance and truth does not depend on the existence of further “facts”, expressible only in the first person (or the present tense), which mysteriously seem to be both essential aspects of the world and completely excluded from it. The sense of these statements requires only that the world contain ordinary people, like TN, who use the first person in the ordinary way. Their sense is not the same as that of the third-person statements that express their truth-conditions, since their truth depends on who makes them. They can’t be replaced by third-person analyses. But the facts that make them true or false are all expressible by such third-person statements.”

que cada um de nós possa ter sobre a natureza de uma consequência jurídica. Não havendo conflito quando o Estado está (por imposição) de acordo quanto à natureza penal da medida, não existirão motivos para se aplicarem critérios.

§ 229. Sem embargo, não quer tudo isto significar que a classificação nacional não importe.

O que aqui se defende é a ideia de que ele não é um critério apto para apurar a natureza penal de uma consequência jurídica. Ele deve ser, sim, um critério determinante para saber *se* os critérios *Engel se devem aplicar*. Ele não deve ser visto como um critério *Engel*, mas sim como um *critério de aplicação* dos critérios *Engel*. Ele deve ser o indicador do conflito que pode despoletar o chamamento dos critérios *Engel*, que o deverão resolver apurando a natureza.

A classificação nacional é um critério que deve situar-se a montante dos critérios *Engel*, numa espécie de “fase processual saneadora” da questão da natureza, que exhibe se estão ou não reunidos os requisitos para lançar mão dos critérios *Engel*. Por outras palavras, este critério serve para compreender se se justifica a identificação da natureza. Ele é um *pressuposto de aplicação* dos critérios *Engel*.

Por esta ordem de ideias, os seus termos deveriam dizer que: se o Estado defender que a medida não é penal, tem de se verificar a natureza através dos critérios *Engel*; se defender que é penal, não se aplicam os critérios *Engel*, pelo simples motivo de que não há conflito e a natureza já foi determinada (penal) dada a convergência das vontades de todas as partes.

Tudo aquilo que acabou de se avançar vem, em certa medida, consagrado no entendimento segundo o qual o critério da classificação nacional é um “mero ponto de partida” na tarefa de apurar a natureza de uma infracção ou consequência jurídica. De facto é, e é por assim ser que deveria ser excluído do conjunto de critérios *Engel* e passar a apresentar-se como um *critério de aplicação* desse conjunto.

§ 230. Já sobre a sua aplicação pelo TEDH em matéria de confisco, ele não só foi de escassa utilização, como, quando a ele se recorreu, só foi preenchido nos casos relativos à *confisca urbanística*. Todavia, a sua aplicação veio acompanhada dos restantes critérios *Engel*. Esta aplicação conjunta é sintomática da falta de sentido que tem a integração do critério da classificação nacional como um critério *Engel*. Se o TEDH entendeu que para Itália a *confisca urbanística* era uma medida penal, supostamente o conflito sobre a natureza penal não existia

e, por isso, não era necessário lançar mão dos restantes critérios. A opção do TEDH nesses casos é reveladora do carácter periclitante da decisão envolvida no critério da classificação nacional como critério *Engel*. Parece esta utilização conjunta denunciar que identificar a natureza unicamente com base no critério da classificação nacional seria demasiado arriscado, precisamente por estarem em causa decisões *sui generis* sobre interpretações de uma das partes sobre os seus próprios entendimentos, que até defende expressamente o contrário.

Por consequência, da própria prática jurisprudencial do TEDH retira-se a ineficácia deste critério.

Se antes, pela forma como foi edificado, se questionou a (in)validade intrínseca do critério da classificação nacional, agora, a este motivo vem juntar-se o da sua ineficácia, no sentido de que uma norma ineficaz é uma norma ilegítima.⁴⁰⁴

§ 231. De acordo com aquilo que vem sendo propugnado, se nos casos da *confisca urbanística* se tem olhado para o critério da classificação nacional como um *critério de aplicação* dos critérios *Engel*, então a conclusão a retirar é a de que estes critérios deveriam ter sido aplicados, porque o critério da classificação não se preencheu, i.e., porque existia uma patente situação de conflito sobre a natureza da *confisca* entre Itália e as contrapartes que obrigou ao chamamento *dos* critérios *Engel* e não *de outros* critérios *Engel*.

3.2. O segundo critério *Engel*

§ 232. Voltando as agulhas para o segundo critério *Engel* (a natureza da infracção), ficou já dito que ele nasceu no caso *Engel* e cresceu em *Öztürk*, através da criação de três subcritérios, de verificação cumulativa: *sc.*: *i*) infracção de carácter geral; *ii*) função punitiva da sanção; *iii*) finalidade preventiva da (aplicação da) sanção.

Aos olhos do TEDH, os três subcritérios brotam de três características das consequências jurídico-criminais: estão associadas a uma infracção de carácter geral, têm uma função punitiva e a sua aplicação tem uma finalidade preventiva.

Daqui resulta que a fonte de inspiração da criação do segundo critério *Engel* foi a pena, sendo ela o objecto da questão que justifica a criação destes critérios. Se há três subcritérios, são apenas três as características das penas que importam ao Tribunal na tarefa

⁴⁰⁴ Sobre a eficácia como condição de validade, HANS KELSEN, *General Theory of Law and State*, tradução por Anders Wedberg, Harvard University Press, Cambridge, 1949, pp. 41 e 42.

de determinar a natureza. Entra-se aqui no campo do fundamento da escolha das características penais para a criação de um critério.

i) O subcritério “carácter geral”

§ 233. A criação do primeiro subcritério (“carácter geral”) pareceu bastante (para não dizer unicamente) influenciada pelo direito disciplinar. Foi o *special status* das relações disciplinares que ditou a sua essência. É, de facto, desta perspectiva, notória a diferença entre uma infracção penal/reacção penal e uma infracção disciplinar/reacção disciplinar. Este subcritério parece apresentar, assim, sentido quando aplicado nesta específica confrontação.

Porém, não quer isto significar que ele tenha sentido em qualquer situação, ou, de outro modo, daqui não se deve retirar que se deve elevá-lo a (sub)critério *Engel*.

Há que saber distinguir bem aquilo que é um critério apto a distinguir uma consequência penal de uma disciplinar daquilo que é um critério apto a distinguir uma consequência penal de todas as outras consequências que existem nos vários ramos do direito de um dado ordenamento jurídico.

O subcritério “carácter geral” não cumpre com esta última consideração.

§ 234. Esta conclusão é fruto de uma vivência empírica, que tem como exemplo paradigmático o próprio caso de onde brotou este subcritério, o *caso Öztürk*. Assim que o subcritério foi aplicado sobre uma norma contraordenacional (rodoviária) foi dado como preenchido, porque se considerou que a norma tinha carácter geral. Ora, se há infracções contraordenacionais de carácter geral, este subcritério não serve para distinguir uma consequência penal de uma contraordenacional, acabando por desembocar no indesejável resultado de que uma verdadeira consequência contraordenacional parece ter, afinal, natureza penal.

A premissa maior do silogismo deste critério é: “Todas as infracções com carácter geral têm natureza penal”. Como se vê, esta premissa não é verdadeira, já que, se as normas sancionatórias contraordenacionais podem ter carácter geral, nem todas as consequências a elas associadas têm natureza penal.

Esta constatação é motivo por si só suficiente para recusar a sua elevação a (sub)critério *Engel*, como (sub)critério apto a distinguir uma consequência penal de qualquer outra. Se ele não passa neste primeiro teste, é imediatamente desnecessário sujeitá-lo a qualquer outro exame.

§ 235. Desta verificação resulta a conclusão atinente à *criação de um critério*: aquele que não tenha por essência uma característica *essencial e necessária* (*única* ou *exclusiva*) de *todas* as reacções criminais em princípio não será apto a distingui-las de todas e quaisquer outras consequências jurídicas. Preenchendo aquelas características, estar-se-á perante um critério *universal*.

§ 236. *Aparentemente* não há nada que proíba a adopção de uma técnica de identificação da natureza específica para cada caso concreto. O TEDH, supostamente, poderia muito bem ter edificado um específico conjunto de critérios apto a distinguir a consequência penal da disciplinar, um outro apto para aquela e para a reacção contraordenacional, um outro para o confisco, etc. Sem embargo, independentemente de qual seja a razão, não foi essa a conduta do TEDH, já que só se conhece um conjunto de critérios (*Engel*), que, (ainda) presumimos, foi aplicado independentemente da consequência jurídica em confronto com a de natureza penal.

No seguimento, o subcritério “carácter geral” não é um (sub)critério de apuramento da natureza de carácter *universal*, não obstante ser aplicado pelo TEDH como se fosse.

Então, de acordo com a hipótese colocada, a prática jurisprudencial do TEDH deveria adoptar uma de duas vias: *i*) criar vários conjuntos de critérios para serem aplicados em função do ramo de direito a confrontar com o direito penal; *ii*) criar um só conjunto para identificar a natureza penal e e aplicá-lo a todas as consequências jurídicas. O que se constata é o facto de o TEDH ter levado a cabo uma mistura destas duas opções: criou o (sub)critério “carácter geral” apto apenas para certos ramos de direito e aplicou-o independentemente do ramo em causa. Como verificado, esta conduta desembocou numa errática jurisprudência que tratou, por ex., a consequência jurídica da infracção contraordenacional como se fosse direito penal *stricto sensu*.

Sucedem que os anteriores raciocínios têm vindo a ser assentes propositadamente numa premissa errada.

Num olhar atento, não deve existir verdadeiramente uma escolha do TEDH, porque só há um válido e necessário caminho e não dois (onde já pode, aqui sim, existir uma qualquer escolha). Isto porque o primeiro caminho adiantado encerra em si mesmo uma contradição que o aniquila.

Aplicar um certo conjunto de critérios em função da específica consequência jurídica a analisar é já partir do pressuposto de que se sabe qual é o ramo do direito a que ela pertence.

Ora, a *identificação* da natureza penal da consequência jurídica é precisamente a função dos critérios. É a esta conclusão que através da sua aplicação se pretende chegar. De acordo com a finalidade de quem aplica um critério de identificação, não revela sentido uma orientação que parta da premissa de que aquilo que se quer fazer já foi feito (a não ser, claro está, e por ex., em casos cuja finalidade específica e “última” do pensamento seja uma reflexão sobre o passado ou sobre si mesma). Assim, quando muito, os critérios não serviriam para identificar a natureza penal de uma consequência jurídica, mas sim para *confirmar* a natureza (não) penal que já estava, anteriormente e de algum desconhecido modo, (pre)determinada.

Se a função e finalidade da aplicação dos critérios é identificar a natureza penal de uma medida, a lógica determina que não resta ao TEDH outra opção que não a de criar um critério ou um conjunto de critérios que seja apto a distinguir uma consequência penal de qualquer outra.

Se é este o caminho necessário a seguir, é, portanto, imprescindível a criação de um critério *universal*.

§ 237. Em suma, o subcritério “carácter geral” do segundo critério *Engel* não é um critério válido porque, partindo de uma premissa maior falsa, não é *universal*, já que não apresenta sentido quando aplicado a casos relativos às consequências jurídicas do direito contraordenacional. Esta característica das reacções criminais, que é a essência do subcritério “carácter geral”, não é *essencial e necessária* (*única* ou *exclusiva*) da consequência jurídico-criminal.

A aplicação de um critério não universal corre grandes riscos de desembocar em resultados errados, como comprovado pelo *caso Öztürk* que, sem mais, fez estremecer as bases do direito contraordenacional e, por conseguinte - acrescenta-se ainda - também as do direito penal *stricto sensu*, que viu entrar na sua esfera consequências jurídicas alóctones.⁴⁰⁵

§ 238. Deslocando o centro das atenções para a jurisprudência do TEDH em matéria de confisco, nota-se que o subcritério “carácter geral” não foi aplicado. Esta mera constatação não diz qual o motivo por detrás dessa ausência. Independentemente disso, se é visto como inválido, deve concordar-se com esta opção do TEDH.

⁴⁰⁵ Esta análise do subcritério foi feita de modo absoluto, tendo a sua invalidade sido justificada independentemente de outros critérios que possam estar a seu lado. Se assim é, desinteressará pensar nele de modo relativizado com os restantes subcritérios do segundo critério *Engel* que conformam a conclusão em torno da natureza da infração. O mesmo sucederá, por isto mesmo, em relação à análise de todos os próximos (sub)critérios.

Ainda assim, pode-se levantar hipóteses para justificar esta súbita desconsideração deste subcritério. Aquela mais plausível é a de que ele, em matéria de confisco, de nada serviria, já que nos regimes de confisco não existe uma relação de subordinação (*special status*) e, por isso, não é susceptível de ser usado para os comparar com as consequências jurídico-criminais. Quando muito, o *special status* pode ser a característica essencial e necessária (única ou exclusiva) do direito disciplinar, que poderá até ser a essência de um critério para apurar a natureza disciplinar de uma consequência jurídica. Mas já não a natureza penal de uma consequência jurídica.

O mero facto de o TEDH ter excluído este subcritério em matéria de confisco já permite concluir que a técnica de aplicação dos critérios vai variando.

Todavia, a sua constante ausência em matéria de confisco reforça a ideia de que o TEDH pode *escolher* os critérios em função da consequência jurídica em confronto com a reacção penal e não apenas em função desta última.

Esta factualidade atinente à relação deste subcritério com a matéria de confisco parece ser sintomática da falta do carácter universal que invalida o critério. Ele não serve para distinguir uma reacção penal de uma modalidade de confisco e, (talvez) por isso, e bem, não tenha sido aplicado.

§ 239. Assim sendo, é este outro argumento que se deverá acrescentar ao suporte da ideia segundo a qual o subcritério não é universal porque falha quando testado noutros casos. Não obstante ser suficiente o chumbo no teste relativo às contra-ordenações para o critério ser dado como inválido, sabe-se agora que ele não falha só no confronto com as consequências contraordenacionais, como falharia também quando em causa estivessem modalidades de confisco, devendo ser afastado (como foi) da técnica *Engel* na jurisprudência do TEDH em matéria de confisco.

É esta outra manifestação da notória inadequação de um critério talhado para as consequências disciplinares quando aplicado sobre consequências de um ramo de direito onde o carácter geral possa ser uma variável constante⁴⁰⁶. Por outras palavras, espelha este circunstancialismo os efeitos negativos de uma elevação a (sub)critério *Engel* de um critério que, verdadeiramente, não apresenta condições para ser *universal*, como indicam os resultados dos testes de esforço a que foi submetido (contra-ordenações e confisco).

⁴⁰⁶ No sentido de que a criação deste subcritério foi um desenvolvimento “desafortunado” do TEDH, *ul* PEDRO CAIRO, “The influence of the EU on the “blurring”...”, p. 189.

ii) O subcritério “função”

§ 240. O subcritério “função”, dos três subcritérios, mostrou-se o mais preponderante no preenchimento do segundo critério *Engel* e inclusivamente no sentido da decisão sobre a natureza penal das consequências jurídicas.

Em todos os casos analisados, sempre que se entendeu que a função de uma medida era punitiva, a sua natureza foi considerada penal, e, ao invés, não penal, sempre que não era punitiva. Uma vez determinada a função, a regra revela-se simples. Todavia, o cerne da questão tem estado em saber qual é a função de uma medida ou consequência jurídica.

Do predito resulta que, para o Tribunal, perguntar pela natureza penal da infracção é perguntar pela função da consequência jurídica.

Este critério olha para a consequência jurídica e indica automaticamente a natureza jurídica da infracção, desinteressando então a relevância axiológica da infracção e as suas repercussões ético-morais num sistema jurídico.

§ 241. Olhar para a consequência jurídica no processo de determinação da natureza da infracção é uma solução de aceitar. Vejamos.

Imagine-se a seguinte norma: o consumo de estupefacientes na via pública (previsão da norma) é proibido (operador deontico da norma – *não se deve*).⁴⁰⁷

Se nos perguntassem qual a censurabilidade deste acto no ordenamento ao qual pertence esta norma, o máximo que afirmaríamos com rigor é o de que o acto seria censurável porque era proibido. Se, por sua vez, nos perguntassem qual a natureza desta infracção já não conseguiríamos responder. Arriscar-nos-íamos a responder se, por ex., conhecêssemos as restantes normas desse ordenamento jurídico onde a norma se inserisse. Porém, mesmo que nos fosse possível levar a cabo esta relativização, a resposta sobre a natureza da norma não passaria de uma hipótese muito vaga. Só conhecendo a declarada ressonância ético-social dos factos nessa jurisdição é que nos era permitido avançar com uma resposta, também sob a veste de hipótese.

O que isto revela é que o grau de censurabilidade de uma tipificada conduta proibida só pode ser rigorosamente determinado, se for dado o terceiro elemento da estrutura da norma, *sc.* a estatuição, o elemento consequente da hipótese normativa. Ou, por outras

⁴⁰⁷ Sobre a estrutura da norma que é composta por *i)* previsão, *ii)* operador deontico e *iii)* estatuição, *vd.* DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 75 e ss.

palavras, só se pode conhecer o grau do impacto da conduta proibida e a sua declarada ressonância ético-social, se for fornecida a sua consequência jurídica, porque é ela que indica qual é, no momento da criação da norma, essa ressonância na sociedade (associada aqui à caneta do legislador) onde existe essa norma de conduta. Reconhece-se, deste modo, que só se pode conhecer a natureza da infracção se se conhecer a sua consequência jurídica.

Se a norma previsse que a consequência da infracção era o pagamento de uma quantia que podia ir dos €5 aos €100, a nossa resposta seguiria no sentido de que o acto não seria de grau elevado de censurabilidade. Se a sanção consistisse numa pena de prisão de 18 a 25 anos ou no confisco total dos bens, diríamos que o grau já seria elevado. Estas asserções são feitas porque a consequência jurídica era conhecida. Essas duas normas espelhariam duas visões muitíssimo díspares do legislador em relação ao consumo de estupefacientes na via pública. Sem olhar para a consequência, e mesmo conhecendo o ordenamento jurídico, afirmar que o consumo de estupefacientes na via pública era, naquele momento, um ilícito administrativo ou penal apresentar-se-ia como um tiro no escuro.

§ 242. Um critério como, por ex., o *critério da relevância ético-social dos factos ou da conduta*, cuja função é determinar a natureza da infracção, não tem em conta a consequência jurídica, mas somente a infracção. Este método parece ser contraditório: avança-se com um critério – cujo termo “relevância” expressa uma noção de grau – que afasta aquele que é o principal referente da sua apreensão, que é a consequência jurídica.

Esta exclusão representa uma desconsideração daquela que é a declaração do legislador dessa sociedade que se rege pela norma em análise. Ora, num Estado de direito democrático, não haverá ninguém melhor do que o legislador para mostrar o grau de relevância da conduta proibida no ordenamento jurídico que ele próprio conforma, não obstante, a título pessoal, de acordo com as nossas convicções, até podermos muitas vezes discordar das suas opções. Reconhece-se, assim e forçosamente, que a consequência jurídica que efectivamente *existe* é o reflexo da vontade do legislador, por muito que se discorde dela. Desligar o apuramento da natureza da infracção da análise da sua consequência jurídica parece ser uma linha de raciocínio que segue um método jurídico-normativo, assente no *dever ser* e não naquilo que efectivamente *é*. Esta orientação revela-se importante para uma apreciação da validade da actividade legiferante, mas já não o é quando em causa está a identificação da natureza jurídica de uma infracção que já *existe* e que se apresenta perante nós, despertando a necessidade de conhecer a sua natureza.

Diferente seria se este critério da relevância social olhasse para a consequência, mas não a visse como elemento decisivo no preenchimento do critério. Contudo, de acordo com este critério, a consequência jurídica não só não é decisiva, como é esquecida.

Poder-se-ia defender que, nos casos de dúvida sobre o preenchimento do critério, já deveria entrar em linha de conta a (severidade da) consequência jurídica ou sanção⁴⁰⁸. Porém, se antes se defendeu que o resultado da determinação da natureza da infracção, apurado sem se ter olhado para a consequência, não passa de uma mera e vaga hipótese, então em todos os casos persistirá necessariamente uma dúvida. Logo, em todos os casos é sentida a necessidade de apreender a consequência jurídica para se identificar a natureza da infracção, como vaticinado.

§ 243. O critério da relevância social dos factos parece assentar na diferença qualitativa existente entre o crime e as contra-ordenações, mais concretamente na autonomia material do direito penal em relação ao contraordenacional aferida através do critério qualitativo da relevância ética da conduta, que se diz marcar a delimitação entre o facto penal e o facto contraordenacional.⁴⁰⁹ O critério está incluído na *perspectiva de imanência* do direito, onde este “*se assume em si mesmo, ab intra ou no seu interior intencional, e o pensamento jurídico é o acto e a autoconsciência noética do próprio direito – e assim tão prático, tão intencionalmente prático, como ele*”. Ao passo que o processo de identificação da natureza penal de uma infracção parece pertencer à *perspectiva de exterioridade* ou de *metanormatividade*, “*pela qual o direito é considerado ab extra ou numa objectivação que o vê como que “de fora” e sem que o pensamento, que assim o considera, assuma noeticamente a intenção do direito enquanto tal, visando-o antes na mesma transcendência objectiva com que qualquer conhecimento visa o seu objecto e por isso, podendo ser este ser prático ou uma praxis, é sempre teórico o pensamento.*”⁴¹⁰

⁴⁰⁸ Neste sentido, PEDRO CAEIRO, “The influence of the EU on the “blurring”...”, p. 187.

⁴⁰⁹ Sobre os critérios ético-sociais das concepções qualitativas sobre a natureza do direito contraordenacional e o seu relacionamento com o direito penal, *vd.* NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, pp. 259 e ss. *Vd.* ainda PEDRO CAEIRO e MIGUEL ÂNGELO LEMOS, “Country Analysis – Portugal”, in *Administrative Sanctions in the European Union* (editado por Oswald Jansen), Intersentia, 2013, pp. 467 a 468. Estes Autores defendem que o conceito “sanção administrativa” é constituído por três elementos, *sc. teleológico* (o objectivo da consequência), *material* (os interesses por ela protegidos) e *institucional* (os órgãos que a aplicam). No seguimento, avançam que a distinção entre este conceito e o de “sanção penal” deve ser feita de acordo com o *elemento institucional*, assim seguindo um entendimento contrário ao que fundamenta o critério da relevância ético-social dos factos, que tem por base o *elemento material*: “*the first two elements are not sufficient to establish a clear distinction between penal and administrative sanctions. Therefore, in our view, only the institutional element gives full autonomy to the concept: administrative sanctions are imposed by the administration, whereas penal sanctions may only be imposed by the court.*”

⁴¹⁰ *Vd.* CASTANHEIRA NEVES, “A unidade do sistema jurídico: O seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1979, p. 84.

Parece então que a importação desta ideia, para formar a base de um critério de apuramento da natureza jurídico-penal, perder sentido neste trajecto.

As várias concepções dogmáticas sobre a natureza do direito contraordenacional e o seu relacionamento com o direito penal servem para determinar o que *deve ser* uma contraordenação ou um crime. É um raciocínio que se coloca no plano da criação da norma. No processo legiferante, se se entender que a conduta é relevante ao ponto de ser crime, i.e. que tem dignidade penal e que carece de tutela penal, a consequência, pelo menos no ordenamento jurídico português, consubstanciar-se-á na susceptibilidade de ser privado da liberdade. Se, pelo contrário, se considerar que a conduta é uma contraordenação, então a consequência da norma não deverá ser susceptível de privar da liberdade.

Independentemente da concepção dogmática que se adopte, estes critérios relacionados com o conceito material de crime são ferramentas facultadas ao legislador para a criação da norma. Eles apresentam-se como “*critérios normativos de pertinência*”⁴¹¹. Todavia, no apuramento da natureza de uma consequência jurídica, navega-se já numa fase a jusante, numa fase onde se analisa a norma que o legislador efectivamente criou com aqueles instrumentos (a norma que *é*) e não a norma que ele *deveria* ter criado (a norma que *deveria ter sido*). Este último método faz parte do processo de apreciação da validade da norma.

O conceito material de crime é um problema normativo *de* direito e não um problema teórico *sobre o* direito⁴¹², como é este que enfrentamos a partir do momento em que nasceu a pergunta de estudo.

Poderá muito bem acontecer que o legislador não tenha feito uma correcta utilização das teorias relativas ao conceito material de crime e que, num exemplo extremo, tenha decidido criar uma norma que punia com pena de prisão quem circulasse de automóvel a mais de 20km/h dentro das localidades. Não seria precipitado afirmar que aqui o legislador não deveria, de acordo com aqueles critérios, ter associado uma pena de prisão a uma infracção que manifestamente não aparenta ter dignidade penal. A questão central aqui é a de que, se uma norma como esta existisse e produzisse efeitos, então, haveria que saber em que ramo do direito é que ela se inseriria, ainda que ela fosse de repudiar. Reitera-se que aqui

⁴¹¹ Assim, DAVID DUARTE, *ob. cit.*, pp. 34 e 35.

⁴¹² Sobre aquilo de que se trata o problema do direito, *vd.* CASTANHEIRA NEVES, *Digesta...*, p. 10, “*Não se trata já de problemas filosóficos quanto ao direito, já de problemas teóricos sobre o direito, já de problemas normativos de direito, mas de o problema do direito.*”

não se pretende identificar a natureza daquilo que *deve ser*, mas sim a natureza do direito que efectivamente, mal ou bem, é.⁴¹³

Se se aplicasse o critério da relevância sobre aquela infracção rodoviária sancionada com pena de prisão, em princípio dir-se-ia que a infracção não teria natureza jurídico penal, por falta de dignidade penal (já que parece desinteressar, para este critério, a análise da sanção - pena de prisão).

Como rapidamente se percebe, independentemente de o legislador ter errado na criação da norma, certo é que uma solução como esta não deveria conhecer a luz do dia.

Por muito que se possa discordar de uma norma, por, por ex., estar ferida de inconstitucionalidade, o facto de ela pertencer a um ordenamento jurídico obriga a arrumá-la num específico ramo de direito, já que não existe um ramo de direito que é o do direito inconstitucional.

Não é, portanto, a validade da criação da norma que está em jogo, é a natureza jurídica da norma criada. São dois raciocínios obrigatórios e distintos. Depois de criada, há que saber, primeiramente, a natureza jurídica da norma e só depois é que se deve apurar a validade do seu regime (e não a validade da criação), porque vive esta questão na dependência daquela primeira. Um predicativo ou característica (validade) envolve um ente (norma), que sempre teve uma natureza.⁴¹⁴

Em suma, serviu a crítica ao critério da relevância ético-social da conduta para demonstrar não só o aparente mérito da criação do subcritério “função” do segundo critério *Engel* (natureza da infracção) - ao fazer depender o apuramento da natureza da infracção da sua consequência jurídica-, como também para erigir uma regra que deve orientar a criação de um método de identificação da natureza penal de uma infracção e de uma consequência jurídica: a obrigatória inclusão da consequência jurídica como elemento determinante na identificação da natureza jurídica da infracção e, por conseguinte, da natureza jurídica da própria consequência.

§ 244. Todavia, esta regra pode ser sujeita ainda a uma concretização.

⁴¹³ A distinção entre o *ser* e o *dever ser* é notavelmente tratada por Hans Kelsen nas páginas iniciais do seu livro. Para tal *vd.* HANS KELSEN, *Pure Theory of Law*, pp. 4 e ss.

⁴¹⁴ Segundo Gilles Deleuze uma característica ou propriedade não tem de ter necessariamente um “*subject*” associado, circunstância que o Autor configura como “*the second type of indifference*”. Para tal, *vd.* GILLES DELEUZE, *Difference and Repetition*, traduzido por Paul Patton, Columbia University Press, Nova Iorque, 1994, pp. 28 a 36. *Vd.* ainda, HENRY SOMERS-HALL, *Deleuze’s Difference and Repetition – An Edinburgh Philosophical Guide*, Edinburgh University Press, Edimburgo, 2013, p. 22, “*The properties lacking a subject represent the second type of indifference. There are properties but no subjects to attribute them to. The process of representation therefore collapses again, and thinking is suspended.*”

de descoberta da natureza penal da infracção. Para além disso, deve a consequência jurídica ser um decisivo elemento a ser tomado em consideração, ficando assim moldada uma conclusão relativa à criação de um método de identificação da natureza penal de uma infracção e de uma consequência jurídica.

§ 245. Descendo de novo ao subcritério *Engel* (“função”), nele somente se realiza a primeira trajectória (consequência jurídica \Rightarrow infracção). A natureza da infracção (segundo critério *Engel*) é obtida automaticamente da função da consequência (punitiva ou não punitiva). Representa-se apenas um elemento (consequência jurídica) e não dois (infracção e consequência jurídica) no apuramento da natureza da consequência. Não há aqui então uma dialéctica estabelecida entre os dois elementos da norma sancionatória (desconsiderando, nestes efeitos, o elemento deôntico) da qual resultará a natureza da consequência jurídica. Verifica-se uma automaticidade do raciocínio cuja conclusão é a natureza da infracção: se a consequência jurídica tem a função de punir, a infracção é crime; se a infracção é crime, então a sua consequência jurídica tem natureza penal.

Neste sentido, este método respeitante à aplicação deste subcritério identifica-se com aquele já exposto em relação ao critério da relevância ético-social da conduta: a natureza da infracção é averiguada com base num só elemento: no subcritério *Engel* analisa-se a consequência jurídica; no critério da relevância ético-social da conduta interessa apenas a infracção jurídica.

Não admira por isso que esta identidade possa desembocar em resultados disfuncionais também semelhantes. O critério da relevância permite a consideração de que uma infracção bagatelar à qual esteja associada uma pena de prisão não tenha natureza penal. De acordo com o subcritério *Engel* pode resultar que essa mesma infracção bagatelar, à qual esteja associada uma sanção típica das contraordenações (função punitiva), tenha natureza penal, de que é exemplo o *caso Öztürk*.

§ 246. A técnica de aplicação do subcritério “função” pelo TEDH pode ser apresentada através do seguinte silogismo:

- i) Todas as consequências jurídicas com uma função punitiva têm natureza penal;
- ii) A consequência jurídica \times tem/não tem uma função punitiva;
- iii) Logo, a consequência jurídica \times tem/não tem natureza penal.

Ao longo da análise da jurisprudência do TEDH foram estas as premissas de que partiu, bem como foi este o processo lógico-dedutivo apresentado.

No que respeita ao cumprimento do silogismo, não foram descortinados casos onde não tenha sido correctamente aplicado. Contudo, dessa jurisprudência nada mais nos foi possível retirar acerca do conceito “punição”. Sabe-se que as medidas compensatórias ou meramente preventivas não são punitivas, mas não se conhece o fundamento desta conclusão, já que o TEDH em momento algum se deteve na explicitação do termo médio da premissa maior (“consequências jurídicas com uma função punitiva”).

Para se questionar a veracidade do conteúdo da premissa maior (“Todas as consequências jurídicas com uma função punitiva têm natureza penal”), é necessário conhecer o significado dos seus elementos.

§ 247. O cerne do subcritério “função” diz respeito precisamente àquele termo médio, pelo que a validade do subcritério estará intimamente relacionada com a densificação daquele termo médio. Sem os conceitos que o compõem, o entendimento do subcritério “função” não só seria insuficiente como seria pouco claro.

No seguimento, o termo médio do silogismo do critério será válido se no final dessa concretização for possível saber, com segurança, o que é “função punitiva”, já que só deverá ser visto como válido um critério que seja fiável e *seguro*. Para além de universal, um critério, para ser válido, tem de ser *seguro*, i.e., tem de assentar numa subjectividade suportável ou sustentável de acordo com a finalidade para a qual foi concebido. O contrário seria embrenhar a conclusão de um critério em dúvida, que é precisamente o contrário daqueles que são os desígnios de um critério (eliminar uma dúvida), que se quer para identificar, com *segurança*, a natureza penal de uma consequência jurídica.

§ 248. O termo médio é essencialmente composto por dois conceitos: *função* e *punição* (*função punitiva*).

Como já se afirmou anteriormente, o TEDH, para além daquela delimitação negativa⁴¹⁶, segundo a qual as consequências jurídicas compensatórias ou preventivas não têm uma função punitiva, não avançou mais nada respeitante a este termo composto. Esta omissão pode ter vários motivos, *e.g.*, por mero esquecimento, porque não quis ou porque o

⁴¹⁶ Assim também, PEDRO CAEIRO, “The influence of the EU on the “blurring” ...”, in *ob. cit.*, p. 185.

Tribunal não conseguiu. Certo é que passou por cima desta questão, que é, na verdade, a essência do subcritério por si erigido.

Esta asserção, por si só, não justifica a invalidade do subcritério. Todavia, não deixa de ser sintomático que a jurisprudência do TEDH tenha criado e tenha vindo a aplicar um subcritério carente de fundamentação. Assim sendo, as próximas considerações sobre os conceitos *função* e *punição* serão feitas através de elementos fornecidos por outras fontes onde não se inclui, lamentavelmente, o criador do subcritério.

§ 249. Então, o que é a *função* de algo?

Este é um conceito que não é simples nem unívoco.

Do âmbito do subcritério, de imediato exclui-se: o conceito clássico da *functio*, que designa o desempenho de um *munus* (o *munus* do sacerdote), i.e., a tarefa ou o conjunto de tarefas definidas por um estatuto de serviço (a função do funcionário); o conceito matemático, que enuncia a correlativa/dependência de variáveis, numa relação imediata entre elas (bem como de uma equivalência funcional entre as variáveis).⁴¹⁷

De acordo com a sistematização levada a cabo por Castanheira Neves, a estes entendimentos podem acrescentar-se ainda outros: *i*) aquele onde as qualidades do elemento já têm relevo, qual seja o de que função é a operação ou actuação específica de algo com *ergon* – a função do olho é olhar, do martelo é martelar⁴¹⁸; *ii*) um conceito, a par do anterior (*ergon*), ainda de referência operatória, pensado “*mediante um esquema meio/fim e segundo o qual o “meio”, se haverá de ter decerto certas qualidades, não importa ou vale por si, mas pela aptidão para através dele se realizar no fim prefixado. Nesta relação operatória o prioritário e o mais importante será o fim ou os fins visados e o que lhe é relativo e a ele se “funcionaliza” será o meio ou os meios mobilizáveis para o seu cumprimento*”⁴¹⁹ (este é o conceito de função que o sentido mais comum do finalismo jurídico sobretudo convoca); *iii*) um conceito *fisiológico* que vê a “função” na pressuposição de um todo (organismo), onde aquela relação meio/fim é substituída pela relação todo/parte (“*o elemento vale como elemento de um todo e pela sua aptidão operatória nesse todo*”)⁴²⁰; *iv*) este último tipo

⁴¹⁷ *Vd.* Sobre estes dois conceitos excludos do âmbito deste subcritério Engel, CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito – Lições proferidas no ano lectivo de 1998/99*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1998, pp. 134 e 135.

⁴¹⁸ No que tange a este conceito atinente ao *ergon*, *vd.* ARISTÓTELES, *Ética a Nicómano*, tradução por António de Castro Caeiro, 4.^a Ed., Quetzal Editores, Lisboa, 2009, pp. 31 e 32, “*Tal pode suceder eventualmente se se captar qual é a função específica do Humano. Pois, tal como para o tocador de flauta e para o escultor de imagens, para todo o perito e, em geral, para tudo o que tem uma certa função e um procedimento prático, o bem e o que foi obtido de uma forma correcta parecem existir justamente no exercício da função própria que têm, assim também poderá parecer que acontece o mesmo com o Humano, caso haja uma função específica que lhe seja própria.*”

⁴¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, *Teoria do Direito...*, p. 135.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 136.

de função (organismo) evoluiu para um que substitui o conceito de “organismo” pelo de “sistema”, libertado da consideração de fim, de acordo com uma concepção “autopoietica” de sistema.⁴²¹

Para os fins aqui pretendidos, não importará apurar com rigor qual o conceito de “função” onde assenta este subcritério *Engel*. O predito serviu, sim, para fundamentar a conclusão de que o conceito “função” não é simples e unívoco. De todos eles, ainda assim é possível afirmar que o conceito utilizado no subcritério se pode aproximar do conceito de função aristotélico de *ergon*, do conceito funcionalístico *meio/fim* e do conceito *sistémico*. Neste subcritério parece adoptar-se um conceito de sentido operativo, que refere um elemento de um sistema (jurídico) e ao qual se reconhecem certos efeitos sistémicos programados a certos fins (objectivados) e de que se esperam certos resultados.

Sobressai, portanto, a ideia de que este é um subcritério que se apoia num conceito próximo do conceito *funcionalístico* de função. Esta conclusão leva a uma outra, *sc.* “*este conceito excluirá uma qualquer reductio ad unum, um qualquer monismo e mesmo uma qualquer linearidade de determinação e de consequência, pois que a possível variação das referências, dos contextos sistemáticos e dos objectivos o que implicará é antes um irreductível pluralismo funcional. Daí a conclusão de que não há só um funcionalismo, que ele se traduz sempre em possíveis finalidades diversas*”.⁴²²

§ 250. Através da aplicação do subcritério “função” não parece que se procure determinar (pelo menos directamente) *o que é* uma medida, mas sim *para que serve* essa medida.⁴²³

A medida é concebida como instrumento e função que é contingente e dependente da disponibilidade e variação dos fins, ou seja, dos objectivos a atingir por essa instrumentalidade. A consequência jurídica ou um objecto não é um fim, sendo, sim, um meio para a realização de fins diversos.

No interior deste subcritério, a racionalidade não se detém em valores, mas sim em objectivos/finalidades, impondo uma instrumentalização em detrimento da fundamentação.⁴²⁴

⁴²¹ *Ibidem*, pp. 136 e 137.

⁴²² *Ibidem*, p. 143.

⁴²³ *Vd.* § 254 da presente monografia, mais concretamente a problemática relativa à relação entre as questões “O que é punir?” e “Para quê punir?”.

⁴²⁴ Um entendimento aqui seguido e que se mostra crítico a uma racionalidade deste tipo na identificação da natureza de um objecto é o de Friedrich Nietzsche quando se debruça sobre a apreensão do conceito “castigo” através da sua finalidade: “...quanto ao elemento móbil do castigo, ou seja a finalidade, num estado de civilização muito avançada (por exemplo a da Europa), o castigo não tem uma só finalidade mas uma síntese de finalidades: todo o passado histórico do castigo, toda a história da sua utilização para fins diversos se cristaliza por último em certa unidade difícil de resolver, difícil de

Como se alcança, esta racionalidade teleológica é representada no subcritério *Engel* relativo à função de uma consequência jurídica. Nele também se desenrola uma operação de cariz altamente subjectivo, espelhado na relação estabelecida entre um objecto e o ser humano, que escolhe os fins.

§ 251. Tudo o que vem sendo dito tem por objectivo fundamentar a ideia segundo a qual a natureza de uma consequência jurídica deve ser, então, identificada unicamente através das suas próprias características intrínsecas e não de algo que lhe é externo e que pode variar.⁴²⁵

analisar, e, sobretudo, absolutamente impossível de definir (É impossível dizer hoje porque se castiga: todos os conceitos em que se resume de modo simeiótico uma larga evolução são indefiníveis; só se define o que não tem história). Pelo contrário, num estado social mais rudimentar; esta síntese de finalidades parece mais analisável e pode cada qual dar conta de como em cada caso particular se modificam em valor e em ordem os elementos da síntese, de modo que ora predomina um, ora outro. Para representar de um modo gráfico quão incerta e accidental é a finalidade do castigo e como um mesmo procedimento pode ser utilizado, interpretado e modelado com intenções essencialmente diferentes, eis a lista que eu pude fazer com poucos e fortuitos materiais:

Castigo, meio de impedir o criminoso de continuar a causar dano.

Castigo, meio de redimir-se para com a pessoa ofendida e sob uma forma qualquer (por exemplo uma compensação em forma de dor).

Castigo, meio de restringir e limitar uma perturbação de equilíbrio para que se não propague.

Castigo, meio de inspirar terror aos que determinam e executam o castigo.

Castigo, meio de compensar as vantagens obtidas até então pelo criminoso (por exemplo, quando se utiliza como escravo numa mina).

Castigo, meio de eliminar um elemento degenerado, pois, de depurar a raça e de manter o tipo.

Castigo, ocasião de festa para celebrar a derrota de um inimigo, enchendo-o de insultos.

Castigo, meio de criar uma recordação, quer no castigado “correção”, quer nos espectadores.

Castigo, pagamento de honorários ao poder que protege o malfeitor contra excessos da vingança.

Castigo, compromisso em vigor por poderosas raças, se reinvidicam como um privilégio.

Castigo, declaração de guerra e medida de polícia contra um inimigo da paz, da lei, da ordem, da autoridade, violador dos tratados que garantem a existência da sociedade, perigoso, rebelde, traidore perturbador, a quem há que combater por todos os meios de que a guerra dispõe.

*Esta lista não é completa, porque é evidente que o castigo encontra a sua utilidade em todas as suas circunstâncias. Ser-me-á, pois lícito negar-lhe uma utilidade suposta, que na consciência popular passar por essencial.” (FRIEDRICH NIETZSCHE, *A Genealogia da Moral*, tradução de Carlos José de Meneses, 3.ª Ed., Guimarães & C.ª Editores, Lisboa, 1976, pp. 74 e 75).*

No sentido desta narrativa, não podemos deixar ainda de completar com outro argumento do Autor, nas pp. 70 e 71: “em todo o género de história é necessário ter presente que a origem e finalidade são pontos separados *toto caelo*; que uma vez produzida uma coisa, vê-se submetida necessariamente a potências que usam delas para fins distintos; que todo o facto no mundo orgânico intimamente ligado às ideias de subjugar, de dominar e que toda a dominação equivale a uma interpretação sucessiva, a uma acomodação da coisa a novos fins. Pode alguém compreender em todos os seus detalhes a utilidade de um órgão fisiológico (ou de uma instituição jurídica, de um costume social, de um uso político, de uma forma artística ou de um culto religioso); mas disso não se infere que nada se saiba acerca da sua origem; isto o poderá desagradar aos velhos, porque sempre se julgou achar nas causas finais de uma forma ou instituição a razão de ser própria; por exemplo, que o olho foi feito para ver, a mão para agarrar. Assim se julgava que o castigo era para punir. Mas realmente o fim e a utilidade não são mais do que um indício de que uma vontade poderosa subjogou outra coisa menos potente e lhe imprimiu uma finalidade; toda a história de qualquer “coisa”, de qualquer “costume”, pode ser uma cadeia não interrompida de interpretações e de aplicações sempre novas, cujas causas talvez não estejam ligadas entre si” (*ibidem*, pp. 70 e 71).

⁴²⁵ Sobre a função como elemento tipicamente variante, *vd.* VINCENZO FERRARI, *Funzioni del Diritto – Saggio critico-ricostruttivo*, Editori Laterza, Roma/Bari, 1992, p. 88, “*Così vi è di regola ampio consenso sulle definizione singola della “causa” di questo o di quel negozio. Questa “causa” è attribuita astrattamente a qualsiasi soggetto e su di essa, normalmente, non influisce il fattore temporale: la causa della compravendita è sempre stata la stessa - scambio di proprietà contro prezzo - da che è stato elaborato il concetto di causa. Al contrario, la “funzione” dei medesimi istituti in senso sociologico è un elemento*

O funcionalismo externo deste subcritério representa uma ideia de contingência e a natureza de um objecto não depende de algo que não faça parte do ente qualificado, pelo que, neste sentido, esta racionalidade do subcritério conflitua com o seu objectivo, que é apurar uma natureza.

A natureza de uma coisa não é incerta ou eventual. É certa. Tudo tem uma certa natureza (i)mutável. Pode, todavia, não se saber qual. O espaço da incerteza pode existir apenas quanto à identificação da natureza. Mas não conhecer a natureza não deve ser confundido com a inexistência de uma natureza. Quando se pensa na natureza de tudo, está-se a partir da premissa de que tudo tem natureza. O que se pretende, muitas vezes, é descobri-la. Não é por não ela não ser conhecida que deve ser afirmado que algo não tem natureza ou que esta indeterminação deve ser vista como neutralidade ou indiferença⁴²⁶. Se o conceito “natureza” expressa a noção de qualidade, característica ou identidade, o raciocínio de que algo não tem natureza, porque não tem qualidades, mostra uma contradição em si mesma, já que não ter qualidades é uma qualidade.⁴²⁷

Esta subjectivação dos fins patente neste subcritério parte ainda de uma premissa bastante questionável, qual seja a de que a finalidade é algo necessariamente externo a uma coisa, não admitindo a ideia de que algo pode ter uma finalidade própria, que não seja meramente externa e determinada pelo sujeito que a apreende.⁴²⁸

tipicamente variabile, tanto che uno dei ricorrenti motivi dell'analisi sociologica è proprio la verifica incessante della maggiore o minore distanza che corre tra il modello formale di ciascun complesso normativo e la sua vita concreta.”

⁴²⁶ Assim, e relativamente à indeterminação da natureza da tolerância, ANA MARGARIDA GAUDÊNCIO, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade – fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância*, Coimbra, 2012, p. 320, “De tudo o que concluiremos que a tolerância, de demonstrada natureza indeterminada – sentido em que SCANLON aponta como a dificuldade da tolerância, enquanto dificuldade de fundamentar e de delimitar perfeitamente tal categoria –, não se confundindo com neutralidade ou indiferença, não opera sem um ponto de partida materialmente definido como fundamento, não obstante não assumido como absoluto, pois tal pretensão inviabilizaria qualquer possibilidade de tolerância.”

⁴²⁷ Sobre a “null-class”, *vd.* BERTRAND RUSSELL, *Principles of Mathematics*, Routledge Classics, Londres/Nova Iorque, 2010, pp. 69, 75 e 76, “there is no such thing as the null-class, though there are null-class concepts” (p. 69), “We may now reconsider the proposition “nothing is not nothing” – a proposition plainly true, and yet, carefully handled, a source of apparently hopeless antinomies. Nothing is a denoting concept, which denotes nothing. The concept which denotes is of course not nothing, i.e. it is not deemed by itself. The proposition which looks so paradoxical means no more than this: Nothing, the denoting concept, is not nothing, i.e. is not what itself denotes. But it by no means follows from this that there is an actual null-class: only the null class-concept and the null concept of a class are to be admitted” (pp. 75 e 76).

⁴²⁸ *Vd.* G. W. F. HEGEL, *Hegel's Philosophy of Nature – Part II of the Encyclopedia of the Philosophical Sciences*, traduzido e editado por A. V. Miller, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 4, § 245, “In man's practical approach to Nature, the latter is, for him, something immediate and external; and he himself is an external and therefore sensuous individual, although in relation to natural objects, he correctly regards himself as end. A consideration of Nature according to this relationship yields the standpoint of finite teleology (§ 205). In this we find the correct presupposition that Nature does not itself contain the absolute, final end (§ 207 – 211). But if this way of considering the matter starts from particular, finite ends, on the one hand it makes them into presuppositions whose contingent may in itself be even insignificant and trivial. On the other hand, the end-relationship demands for itself a deeper mode of treatment than the appropriate to external and finite relationships, namely, the mode of treatment of the Notion, which in its own general nature is immanent and therefore is immanent in Nature as such.”

Para além disto, um subcritério como o da “função” vê atacada a sua validade enquanto critério apto a descobrir a natureza tendo em conta que *difícilmente*⁴²⁹ se consegue extrair a função de uma medida de uma disposição normativa, pelo menos de modo directo.

§ 252. Os problemas relativos à racionalidade funcionalística deste subcritério *Engel* parecem constituir, por si sós, fundamentação suficiente para afirmar que ela não se mostra *adequada* a atingir o seu fim, que é a criação de um válido critério para identificar a natureza penal de uma consequência jurídica. Por este motivo, deve ser ela afastada desta teoria relativa à criação de um critério.

Formam-se, assim, duas conclusões: *i*) a determinação da *racionalidade adequada* é uma etapa do processo de criação de um critério; *ii*) a não verificação de uma racionalidade adequada, como acontece com o subcritério “função”, exponencia o risco de se criar um critério inválido.

§ 253. Este é um subcritério composto: *função punitiva*.

O que é, afinal de contas, *punir*?

De acordo com o TEDH, só se sabe que aplicar uma medida preventiva, compensatória ou retributória não é punir.

Não surpreende o facto de existirem várias e cativantes tentativas de resposta ao longo da história da literatura mundial. Por um simples motivo: é esta uma questão de cariz filosófico.

§ 254. Quando se quer pensar no que é punir dificilmente se foge à tentação de começar por pensar em exemplos para explicar o que é essa definição. Este acontecimento normalmente surge quando a pergunta é de difícil resposta. E a filosofia parece ser o espaço das perguntas formalmente simples de resposta complexa.

Enumerar exemplos para definir o que é punir (técnica que pode ter sido seguida pelo TEDH) é, porém, uma falácia e é uma resposta inútil à pergunta sobre o que é algo⁴³⁰. A enumeração é um acto assente em significados conhecidos. Não é ela própria o seu

⁴²⁹ Neste sentido, *vd.* HANS Kelsen, *Pure Theory of Law*, pp. 109 e 110, “It is hardly possible to define the concept of punishment according to its purpose, because the purpose of the punishment is not – or not directly – evident from the content of the legal order. That this purpose consists in preventing (by deterring) the commission or omission of an action is an interpretation which is possible also in case of a criminal legal order, whose establishment was not consciously determined by the idea of prevention but simply by the principle of retribution: to retaliate evil with evil. Capital punishment and imprisonment remain the same whether they were stipulated with the purpose of prevention or without it.”

⁴³⁰ Neste sentido, H.L.A. HART, *ob. cit.*, p. 5.

significado. Só se sabe se algo é punitivo (raciocínio incluído na enumeração) se se souber o que é punir, se se conhecer o conceito “punir”. Os exemplos poderão servir, quando muito, como ferramenta na determinação e explicitação do significado de um conceito⁴³¹, no apuramento dos seus requisitos necessários.

Ficou-se com a ideia de que, no processo de densificação do conceito “*punishment*”, parece existir uma constante dúvida em relação à (des)necessária comunicabilidade deste raciocínio com aquele que diz respeito às justificações da punição. Por outras palavras, não é claro se se está perante duas perguntas autónomas “O que é punir?” e “Para quê punir?”, ou se a primeira pergunta subsume esta última.⁴³²

Quer isto dizer que o problema da definição do conceito “*punishment*” aparece logo na construção do método da sua determinação.

§ 255. A dúvida expressa-se também numa fase posterior, quando já há uma tentativa de resposta, mais não seja porque não há uma resposta universalmente aceite⁴³³. As inúmeras e distintas respostas formam a teoria da punição⁴³⁴. Coincidem, neste sentido, os conteúdos

⁴³¹ Segundo David Boonin, a definição do conceito “*punishment*” deve ser “*accurate*”, “*illuminating*” e “*neutral*”, DAVID BOONIN, *The Problem of Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 4 a 6.

⁴³² *Vd.* THOMAS MCPERSON, “Punishment: definition and justification”, in *Analysis*, vol. 28, *issue* 1, Outubro de 1967, p. 21. *Vd.* ainda FRIEDRICH NIETZSCHE, *A Genealogia da Moral*, pp. 55 e ss.

⁴³³ Assim, K. G. ARMSTRONG, “The Retributivist hits back”, in *Mind*, Vol. LXX, *issue* 280, Outubro de 1961, p. 473.

⁴³⁴ Em 1954, Anthony Flew avançou com aqueles que considerava serem os requisitos do conceito de *punishment*: deve ser um mal ou algo desagradável aplicado na sequência da prática de um crime, a um presumível agente, por uma autorizada entidade que criou a norma violada. Para tal, *vd.* ANTHONY FLEW, “The Justification of Punishment”, in *Philosophy – The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, Vol. XXIX, n.º 111, Outubro de 1954, pp. 291 a 307. Cinco anos mais tarde, esta teoria foi densificada por Stanley Benn, que defendeu que o sofrimento infligido fazia parte da essência do conceito, não lhe sendo meramente incidental. *Cfr.* STANLEY I. BENN, “An Approach to the Problems of Punishment”, in *Philosophy*, Vol. 33, *Issue* 172, Outubro de 1958, pp. 325 a 341. Em 1959, nasce aquela que foi entre nós entendida como a mais difundida definição do conceito “*punishment*”, através da pena de H.L.A. Hart. Este Autor aplicou algumas nuances às teorias de Flew e Benn, tendo associado o conceito “*punishment*” à categoria de “*legal punishment*”. *Cfr.* H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, 2. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 4 e 5, “*So with Mr. Benn and Professor Flew, I shall define the standard or central case of “punishment” in terms of five elements: (i) It must involve pain or other consequences normally considered unpleasant. (ii) It must be for an offence against legal rules. (iii) It must be of an actual or supposed offender for his offence. (iii) It must be intentionally administered by human beings other than the offender. (iv) It must be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offence is committed.*”

Muitas outras tentativas de resposta formam a teoria da punição. *Vd.* THOMAS HOBBS, *Leviathan*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 205, “*A punishment, is an evil inflicted by public authority on him that hath done or omitted that which is judged by the same authority to be a transgression of the law, to the end that the will of men may thereby the better be disposed to obedience*” (Capítulo XXVIII “*Punishment and Rewards*”, § 1). Esta definição é seguida por JOHN RAWLS, “Two Concepts of Rules”, in *The Philosophical Review*, Vol. 64, n.º 1, Janeiro de 1955, p. 10. *Cfr.* ainda EMILE DURKHEIM, *ob. cit.*, pp. 44 e ss.; JACOB ADLER, *The Urgings of Conscience – A Theory of Punishment*, Temple University Press, Filadélfia, 1992, pp. 109 e ss.; MARIA FALCÓN Y TELLA e FERNANDO FALCÓN Y TELLA, *Punishment and Culture – A Right to Punish?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, pp. 7 e ss.; DAVID BOONIN, *ob. cit.*, pp. 3 e ss.; TED HONDERICH, *Punishment – The Supposed Justifications Revisited*, Pluto

de “punição” e de “teoria da punição”, pelo que pensar numa definição de “*punishment*” é mergulhar nos labirintos da teoria da punição, ou seja, é o reconhecimento de que não há uma *segura* definição.

Há, sim, várias. Neste sentido, uma resposta à pergunta “O que é punir?” não passará de uma periclitante e corajosa hipótese. O que equivale a dizer que existe dúvida. Uma dúvida que abala as estruturas fundantes do subcritério *Engel*, porque a aplicação da técnica silogística que ele implica depende necessariamente do seu termo médio da premissa maior (“função punitiva”).

Esta dúvida contaminará o resultado da própria aplicação do subcritério. Uma medida *talvez* tenha natureza penal, já que não se sabe qual a teoria de “*punishment*” a adoptar. Para além disto, o facto de não ser possível conceber uma definição maioritariamente aceite fará com que este subcritério esteja mais exposto a uma constante crítica vinda do lado dos defensores de outras teorias.

§ 256. Daqui extrai-se o carácter tremendamente subjectivo deste subcritério *Engel*. Ele depende do método escolhido no apuramento do significado do conceito “punição”, da teoria de punição escolhida e ainda de outra escolha, desta vez, relativa ao modo de aplicação do critério. Pelo menos nestas três variáveis, transversais à sua aplicação, existe uma manifesta dúvida alimentada pela subjectividade aludida.

Assim sendo, para além de assentar numa *racionalidade inadequada*, o subcritério “função” é um critério *inseguro*, porque a subjectividade implicada nos componentes do critério (função e punição) atinge um estado de insustentabilidade ao ponto de o tornar num critério ineficaz na prossecução do seu fim.

Press, Londres, 2006, pp. 8 a 16; DAVID GARLAND, *Punishment and Modern Society*, University of Chicago Press, Chicago, 1993.

Uma das características do conceito “*punishment*” que maior discussão tem convocado na teoria da punição é a que tem que ver com a infligência de um “mal”, de um “*evil*” sobre o agente do crime. Cfr. PLATÃO, *Górgias*, Edições 70, Lisboa, 2006, § 525b; SÃO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, Parte I, 4.^a Ed., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001, pp. 471 e ss. (Questões 48 e 49 da *Summa Theologiae*); THOMAS HOBBS, *oh cit.*, p. 206; JEREMY BENTHAM, *The Rationale of Punishment*, Robert Heward, Londres, 1830, Capítulo II, pp. 17 e 18; IMMANUEL KANT, *Critique of Practical Reason*, traduzido por Mary Gregor, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 33 e 34, 5:37 e 5:38. A posição deste filósofo vem confirmada em IMMANUEL KANT, *Lectures on Ethics*, traduzido por Peter Heath, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, p. 79, 27:286; G. W. F. HEGEL, *Philosophy of Right*, traduzido por S. W. Dyde, Batoche Books, Kitchener, 2001, §§ 97 a 99.

§ 257. Esta última argumentação é de cariz puramente teórico. Sem embargo, se se focar numa argumentação que se retenha na concreta aplicação prática deste subcritério pelo TEDH, retiram-se indícios da validade de tais considerações.

Ao longo da análise jurisprudencial do TEDH, ficou bem patente que a aplicação deste subcritério sobre medidas idênticas desembocou em resultados distintos. Para tal basta recordar o impacto que a aplicação deste subcritério pelo TEDH teve no direito das contra-ordenações (e.g. *caso Öztürk*⁴³⁵)⁴³⁶. Avance-se ainda como exemplo a jurisprudência relativa à *confisca urbanística* em que a aplicação do subcritério “função” tanto resultou na natureza penal (decisão do TEDH) como na natureza não penal (juízes discordantes em *Varvara*⁴³⁷ e *caso G.I.E.M.*⁴³⁸).

Estes resultados incompatíveis parecem brotar da perpétua indefinição que caracteriza o termo médio da premissa maior do raciocínio silogístico operado neste subcritério *Engel*.

§ 258. Se se deslocarem as atenções para a cristalizada ideia subjacente ao raciocínio silogístico do TEDH relativo ao subcritério “função”, *sc.* as consequências jurídicas compensatórias ou meramente preventivas de perigos não têm uma função punitiva, também ela se mostra periclitante porque partilha do termo médio da premissa maior (“função punitiva”), sendo, por isso, contaminada pela alarmante indefinição.

Expressa-se naquela ideia uma dedução feita a partir de um conceito “*punishment*”. De acordo com o desconhecido conceito adoptado pelo TEDH, dele não fazem parte as medidas meramente preventivas de perigos, compensatórias ou restitórias. Se há várias teorias sobre aquele conceito, não admira então que também se verifiquem naturais e díspares visões sobre a validade desta premissa menor⁴³⁹. O próprio Tribunal, em *Welch*, reconheceu

⁴³⁵ *Vd.* § 95.

⁴³⁶ *Vd.* § 66.

⁴³⁷ *Vd.* §§ 191 e 192.

⁴³⁸ *Vd.* § 202.

⁴³⁹ *Vd.* HANS Kelsen, *Pure Theory of Law*, p. 110. Segundo o Autor, há muito de semelhante entre uma medida punitiva e uma medida civil de execução: “*there is no essential difference between punishment and civil execution, because the latter, felt as an evil by the affected individual, may have a preventive effect too, so that in this case the compensatory and preventative effects, may be combined.*” Em sentido contrário, *i.e.*, no de que as medidas compensatórias não têm natureza punitiva, EMILE DURKHEIM, *ob. cit.*, p. 68, “*The very nature of the restitutory sanction is sufficient to show that the social solidarity to which that law corresponds is of a completely different kind. The distinguishing mark of this sanction is that it is not expiatory, but comes down to a mere restoration of the “status quo ante”. Suffering in proportion to the offence is not inflicted upon the one who has broken the law or failed to acknowledge it; he is merely condemned to submit to it. If certain acts have already been performed, the judge restores them to what they should be. He pronounces what the law is, but does not talk of punishment.*” Para uma posição intermédia, que, apesar de separar as medidas, reconhece a possibilidade de verificação de uma restituição punitiva, *vd.* DAVID BOONIN, *ob. cit.*, pp. 26 e 27, “*we can refer to cases of this sort as cases of “punitive restitution”*” (p. 27).

inclusivamente que a mera prevenção ou a reparação podem ser objectivos consistentes com uma função punitiva.⁴⁴⁰

§ 259. Virada a página da argumentação relativa ao carácter *não seguro* e à *racionalidade inadequada* do subcritério, passa-se agora a sujeitar este subcritério *Engel* ao teste de esforço relativo à *universalidade*.

Ele apresenta resultados bastante negativos, como evidenciam os casos perscrutados da jurisprudência *Engel*.

Ainda que se parta da premissa de que as medidas preventivas de perigos, retributórias ou compensatórias não fazem parte do conceito “*punishment*” e que, por isso, não são punitivas, o fracasso no teste verificar-se-ia na mesma, porque existem medidas de carácter reconhecidamente punitivo que não têm natureza penal, como são as sanções típicas do direito disciplinar, como é reconhecido pelo TEDH.

O entendimento de que o subcritério “função” não vale por si só pode ser retirado, por ex., da criação do subcritério “carácter geral”. Como já se afirmou, talvez tenha sido porque o subcritério “função” não era susceptível de distinguir as consequências jurídicas sancionatórias do direito disciplinar das consequências sancionatórias de direito penal que se sentiu a necessidade de criar um outro subcritério que possibilitasse a distinção.

§ 260. Noutro confronto, o resultado do teste de esforço da universalidade relativo ao direito contraordenacional vem espelhado no impacto que a jurisprudência do TEDH teve nos ordenamentos jurídicos que autonomizam este ramo do direito: não obstante não ter afectado o movimento descriminalizador operado nos Estados, mandou aplicar, ao nível processual, as garantias dos arts. 6.º, n.º 2, e 7.º da CEDH a consequências (aparentemente) sem natureza penal.

O direito contraordenacional, para além das medidas administrativas preventivas de perigos ou retributórias, também alberga a categoria das sanções punitivas administrativas. É precisamente em relação a estas que se evidencia a importância de levar a cabo uma distinção⁴⁴¹. É a sua semelhança que manifesta a importância de um critério *Engel*. São estas as questões onde a probabilidade de discordância em relação à natureza é maior. É aqui que um critério tem oportunidade de brilhar.

⁴⁴⁰ Acórdão TEDH *Welch v. The United Kingdom*, § 30.

⁴⁴¹ *Vd.* PEDRO CAEIRO e MIGUEL ÂNGELO LEMOS, “Country Analysis – Portugal”, in *ob. cit.*, pp. 567 a 495.

O semelhante nasce do semelhante⁴⁴², e a semelhança exige critérios e revela a dificuldade em encontrar o aspecto dissemelhante que serve de essência ao critério distintivo. A confusão entre as reacções criminais e as sanções punitivas administrativas, que cria um espaço nublado, é a própria história destas últimas⁴⁴³. Uma história que parece ter sido esquecida quando se criou o subcritério “função”, que parte da premissa de que só se pune no direito penal.

§ 261. Noutro teste, se se aplicasse o subcritério “função” sobre uma medida de segurança criminal do ordenamento português, provavelmente o resultado seria o de que o subcritério não se preencheria porque a medida não seria punitiva, mas, sim, meramente preventiva de perigos. Deste modo, considerar-se-ia que essa medida de segurança seria uma medida puramente administrativa, lançando-se assim a teoria das medidas de segurança para fora do campo do direito penal. Independentemente da natureza que se entenda dever ser atribuída às medidas de segurança no nosso ordenamento jurídico, a sua natureza é, ao dia de hoje, penal, quer se concorde quer não. Por conseguinte, o resultado do apuramento da natureza destas medidas, através da aplicação do subcritério “função”, seria contrário àquela que é a sua reconhecida natureza penal.

Fundamenta-se assim a regra aqui criada segundo a qual a essência de um critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica deve ser uma característica de *todas* as reacções criminais. O critério “função” não cumpre com esta exigência.

§ 262. Quando um critério é sujeito a um teste de esforço como o precedente, os resultados são indícios da sua validade.

Pode haver resultados positivos e negativos. Este pensamento implica a existência de um critério de avaliação que seja o referente daqueles resultados. Afirmou-se, por ex., que o caso *Öztürk* não apresentou um resultado positivo. Como fundamento recorreu-se ao caso de um ordenamento jurídico que olhava para a categoria das sanções punitivas administrativas como não pertencendo ao direito penal, dado que nesse ordenamento estas

⁴⁴² Assim dizia FRIEDRICH NIETZSCHE, *A Genealogia da Moral*, p. 67.

⁴⁴³ Assim, PEDRO CAEIRO, “The influence of the EU on the “blurring”...”, in *ob. cit.*, p. 174, “In short, the blur with the criminal law is the very history of administrative punitive law, starting, at least, from the moment when the administration became subject to the law. In this sense, the blur has always been there: regardless of the content we might give to the concept “administrative punitive law”, it is safe to say that boundaries between the two where the administration branches were always permeable, especially in the fields where the administration is more active (production and consumption, public health, taxing, financial markets, etc.)”

sanções foram autonomizadas do direito penal, como se comprova através do movimento descriminalizador já assinalado.

É, portanto, o sistema jurídico de um Estado o critério de avaliação. O grau de desestabilização desse sistema, manifestado sob a forma de *incoerência*⁴⁴⁴, será o medidor da positividade ou negatividade dos resultados. Será positivo, neste sentido, um resultado que não exponha uma incoerência relativa à sistematização dos elementos de um conjunto, com uma declarada natureza, e negativo aquele que quebre a sua sintonia ou ordem. Assim se evidenciando um tipo de pretensão semelhante ao dos discursos *juridistas* ou *juridicistas*, que defendem “*uma pretensão de unidade ou de coerência e a categoria de inteligibilidade sistema*”.⁴⁴⁵

§ 263. A aplicação do subcritério “função” a uma consequência jurídica do sistema jurídico português, ou a uma norma de um sistema idêntico ao nosso, seria susceptível de provocar uma autêntica revolução nesse sistema, como é hoje pensado. Por ex.: as sanções punitivas administrativas passariam a ter natureza penal; as sanções do direito disciplinar também; as medidas de segurança sairiam do âmbito penal para serem inseridas no direito administrativo. Como se percebe, as consequências da aplicação de um subcritério como este seriam verdadeiramente impactantes na sistematização desta ordem. Todos estes casos lançariam o caos num sistema, deixando ele de existir, precisamente porque a ausência de caos é ideia integrante do conceito de sistema.

Em suma, só será válido o critério que desemboque em resultados que não provoquem uma *incoerência* na sistematização do ordenamento jurídico de que faça parte a norma analisada.

O subcritério “função”, ao assentar numa característica que não é *essencial e necessária* (*única* ou *exclusiva*) de *todas* as reacções penais, não preenche o requisito da *universalidade* de um critério de identificação da natureza penal e, por isso, não é um (sub)critério válido.

Assiste-se aqui a uma ligação essencial entre uma regra relativa ao método de *criação* de um critério (apuramento da característica *essencial e necessária* (*única* ou *exclusiva*) de *todas* as reacções criminais) e a uma característica/regra relativa ao próprio *critério* (*universal*). Sendo

⁴⁴⁴ Sobre a ideia de incoerência no seio de um sistema jurídico, *vd.* PEDRO CAEIRO, “A coerência dos sistemas penais em face do direito europeu”, in *O Espaço de liberdade, segurança e justiça na UE: desenvolvimentos recentes*, coord. Constança Urbano de Sousa, Edial, Lisboa, 2014, pp. 246 a 248.

⁴⁴⁵ Assim, J. M. AROSO LINHARES, *O Binómio Casos Fáceis/ Casos Difíceis e a Categoria de Inteligibilidade do Sistema Jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 20.

que, pelo que se observa, um critério só será *universal* se seguir validamente aquela primeira regra relativa ao processo da sua criação.

§ 264. Não obstante tudo isto, a jurisprudência do TEDH em matéria de confisco faz deste critério relativo à função da consequência jurídica um critério protagonista.

A técnica *Engel* utilizada em processos relativos a sanções contraordenacionais ou disciplinares vinha expressando as falhas do subcritério “função”, como parece ser indicado pela criação do subcritério “carácter geral” e do terceiro critério *Engel* (severidade da sanção). Todavia, quando esta técnica se deslocou para a zona do confisco, pareceram as águas acalmar voltando o subcritério a operar eficazmente como se pretendia aquando da sua criação. Os restantes subcritérios do segundo critério *Engel* não foram sequer necessários, já que o subcritério “função” por si só foi visto como suficiente para identificar a natureza.

Os resultados desta jurisprudência representam a teoria da aplicação do subcritério “função” na sua plenitude: a *civil forfeiture* não tem natureza penal porque é restitutória ou compensatória; a *confisca preventiva* também não porque é meramente preventiva de perigos; a *confisca urbanística* é penal porque é punitiva. Nas modalidades de perda alargada (com excepção do *caso Welch* – onde se considerou que era punitiva) e de confisco de terceiro (com excepção do *caso Dassa Foundation*), este subcritério não foi utilizado.

§ 265. Afinal de contas, por que razão não se aplica uma técnica jurisprudencial constante no que respeita à aplicação dos critérios *Engel*?

A resposta não passará de uma hipótese. Não se conhecendo as razões por detrás da alteração da técnica de escolha e aplicação de critérios por parte do TEDH, o mero facto de se assistir a uma variação pode ser já sintoma de uma possível inadequação de alguns critérios.

Ao mesmo tempo, é interessante verificar como o sentido da decisão coincidiu sempre com o do (não) preenchimento do (sub)critério “função”. Mas, dentro desta consideração, importa salientar ainda o facto de, sempre que o Tribunal entendeu estar perante uma medida com uma função punitiva, se ter preocupado em analisar a sua severidade, i.e. o terceiro critério *Engel* (cfr. *Welch*, *Sud Fondi*, *Varvara* e *G.I.E.M.*). Assim, parece que, sempre que se sentiu que a medida era punitiva, pairava uma forte ideia de severidade ao ponto de se querer utilizar o terceiro critério *Engel* para reforçar a narrativa iniciada pelo subcritério “função”.

Esta última circunstância, aliada à verificação da variação da técnica *Engel* na jurisprudência em matéria de confisco, forma uma convicção, qual seja a de que o TEDH

escolhe os critérios a aplicar em função da consequência jurídica em análise, não adoptando uma espécie de “*view from nowhere*”⁴⁴⁶, não se abrindo a uma qualquer perspectiva ou hipótese que não coincida com a sua (prévia) convicção. A própria ideia de uma criação de critérios cuja origem parece ser a de outro ramo do direito, que não unicamente o penal, vem reforçar esta suspeita.

Uma abordagem como esta transforma aquilo que deveriam ser critérios aptos a *descobrir, apurar* ou *identificar* a natureza penal de uma consequência jurídica em critérios meramente *confirmatórios* de uma ideia preconcebida acerca dessa natureza. Depois de formada a ideia, recorrer-se-ia a critérios/argumentos que fossem úteis para sustentar essa ideia e afastar-se-iam aqueles que com ela conflituassem, numa espécie de raciocínio desonesto.

§ 266. Não se encontra uma justificação válida para sustentar o facto de se deixar de aplicar os restantes subcritérios do segundo critério *Engel* quando entra em jogo uma modalidade de confisco, já que eles são de aplicação reiterada quando em causa está uma sanção contraordenacional ou disciplinar. E isto precisamente porque é possível determinar padrões de actuação do Tribunal.

O carácter previsível que daqui brota dá bases para, pelo menos, se afirmar que, em matéria de confisco, para proferir uma decisão o TEDH vai utilizar o subcritério “função”. Se ele for preenchido, confirmar-se-á esta ideia com o terceiro critério *Engel*. Se não for preenchido, o terceiro critério desaparecerá de cena (com excepção de *Walsh, Dassa Foundation* e *Marandino*) e, quando muito, ainda se utilizará o primeiro critério *Engel* e/ou o critério da sequência. Se em causa estiver uma norma sancionatória de direito disciplinar, já entrará em cena o (ali esquecido) subcritério “carácter geral” que será determinante no sentido da decisão. Perante sanções contraordenacionais, em princípio, recorrer-se-á à técnica *Engel* na sua plenitude, como em *Öztürk*, talvez porque é onde há maiores dificuldades em responder à questão da natureza, sendo por isso necessário utilizar uma maior quantidade de argumentos.

Tudo isto serve de indício de que parece não existir aleatoriedade na escolha de critérios por parte do TEDH. A verificação de padrões tende a excluir a ideia de

⁴⁴⁶ Este entendimento por nós seguido em relação à formação de uma tábua rasa onde se inscreveriam convicções do legislador adapta uma ideia seguida por Thomas Nagel sobre a concretização da expressão “*objective self*”. Para tal, *vd.* THOMAS NAGEL, *ob cit.*, p. 62, “*The objective self should be able to deal with experiences from any point of view (...) It is the perspectiveless subject that constructs a centerless conception of the world by casting all perspectives into the content of that world.*”

arbitrariedade e chama pela descoberta de um vector que presida a uma escolha. Dos elementos recolhidos, verifica-se uma possível influência da *natureza jurídica* da consequência jurídica em crise sobre a *escolha* dos critérios.

Este método é errático. Como se tem vindo a defender, a aplicação de um critério deve ser absolutizada da consequência jurídica em análise, deve estar desligada de um qualquer referente, deve ser *independente*. Antes de se aplicarem os critérios e após apreender a norma a analisar, é compreensível que se crie um *feeling*, em forma de teoria, sobre a natureza da consequência jurídica. Não se deverá, porém, ceder à tentação de fazer dessa teoria uma definitiva resposta. Ele é uma mera hipótese que (não) será confirmada pelos resultados da *independente* escolha e aplicação dos critérios.

§ 267. Em síntese, a racionalidade funcionalística do subcritério “função” e o inalcançável conceito “*punishment*” esvaziam a validade dos resultados do silogismo operado por este subcritério. É um critério com uma *racionalidade inadequada*. A subjectividade que o trespassa caracteriza-o como um critério *não seguro* na concretização dos seus desígnios. Sem prescindir, ainda que se considerasse que esta subjectividade não o feria de morte, o facto de ele *não* se mostrar *universal*, como resulta dos testes de esforço a que foi submetido, obriga à sua exclusão do conjunto de critérios válidos para apurar a natureza penal de uma consequência jurídica, independentemente de outros (sub)critérios que o possam acompanhar. Neste sentido, uma aplicação de um critério inválido é uma aplicação inválida, independentemente de uma compensação promovida por outros critérios adicionais.

§ 268. Este estudo do subcritério “função” permitiu ainda gerar uma outra conclusão – sob a forma de hipótese - atinente a toda a técnica *Engel*: a sua aplicação não parece ser feita de modo *independente*, dados os verificados padrões de aplicação que variam em função da (natureza jurídica da) consequência jurídica em crise. Uma abordagem metodológica que deve ser afastada, no caso de esta convicção se mostrar acertada.

iii) O subcritério “finalidade”

§ 269. Quando se decompôs o segundo critério *Engel*, viu-se que ele era formado pelo subcritério “carácter geral” e pelo conceito “*purpose*”. Foi através dos resultados da aplicação deste segundo critério que se entendeu como se densificava aquele conceito. O Tribunal, sobre o *purpose* de uma sanção, avançou, com dois predicados, *sc.* “*punitivè*” e “*deterrent*”. Assim

sendo, da divisão daquele conceito, resultaram os dois restantes subcritérios: função e finalidade da sanção.

É comum, portanto, a origem de ambos os subcritérios. Esta circunstância indicia que eles têm algo mais de semelhante do que meramente a origem, já que, se ela é comum entre eles, em princípio, devem ter pelo menos um predicativo idêntico, para além, claro está, da sua origem. A identidade entre os dois subcritérios é de um grau ao ponto de justificar a sua inclusão na mesma categoria ou classe representada pelo conceito “*purpose*”.

Como se retira do próprio conceito, esse elemento em comum entre os dois subcritérios é o conceito “finalidade”.

§ 270. Este subcritério assenta numa *racionalidade inadequada*.

Se se defendeu anteriormente a invalidade da racionalidade do subcritério “função” por ser teleológica, que não se detém em valores ou características, mas sim em objectivos/finalidades, é forçoso concluir precisamente o mesmo em relação ao subcritério “finalidade”. Por isto, a fundamentação que sustentou a invalidade do subcritério “função” ao nível da racionalidade deve ser transposta para o subcritério “finalidade”.

§ 271. No entanto, “função” e “finalidade” são conceitos distintos, razão pela qual se deve pensar um pouco mais sobre o subcritério “finalidade”.

Se o conceito “função” é composto, não só mas também, pelo conceito “finalidade”, há algo que o particulariza ao ponto de se quebrar uma possível plena correspondência entre eles, apesar de, não poucas vezes, serem utilizados sinonimamente.

O conceito “função”, visto neste sentido teleológico, é predicativo de um objecto. A função *do* objecto. A pergunta é: “Para que serve *o objecto?*”.

Veja-se. Um martelo serve para martelar. Em princípio, a finalidade da criação de um objecto designará a função desse objecto. O martelo, neste seguimento, deve ter assumido a forma que veio a assumir porque o seu criador sentiu a necessidade de ter algo próprio para martelar⁴⁴⁷. Nestes casos, a função de um objecto corresponde à finalidade primária que lhe é dada. “Primária” porque corresponde à finalidade do seu criador ou, pelo menos, à adveniente da prática reiterada convencional que acaba por predicar o objecto. Quando martelamos estamos a cumprir com aquela que é a finalidade primária ou convencional da sua utilização, ou seja, a função do martelo.

⁴⁴⁷ Neste sentido, *vd.* HAIG KHATCHADOURIAN, “Common Names and “Family Resemblances””, in *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 18, n.º. 3, Março de 1958, p. 352.

Conquanto, imagine-se que alguém o utiliza apenas e só como elemento decorativo numa sala. Neste caso, há uma alteração da função: de instrumento de (des)construção passou a objecto decorativo de sala de estar. A função deste martelo mudou porque a finalidade de quem o utilizou se alterou, assim se mostrando a relação operatória meio/fim. Se ela não tivesse sido modificada, cumpriria a sua finalidade primária.

§ 272. Praticada a acção de acordo com a função do objecto (“execução da função”), parte-se para um segundo nível, onde pode aparecer a pergunta: “Para quê *martelar?*”.

Este é o palco onde podem aparecer uma multiplicidade de finalidades. Do referente “objecto” (martelo), já apreendido e predicado de acordo com a finalidade primária (“Para que serve o *martelo?*”), passa-se para o referente “acção humana” - martelar - (“Para quê *martelar?*”).

Existem finalidades mais imediatas ou menos em relação a um fim último ou “completo”⁴⁴⁸ (se é que existe): martelamos para pregar duas tábuas para, no seguimento, construirmos uma casa, para depois podermos viver nela, para sermos felizes. Normalmente, as respostas em relação à finalidade da acção de utilização de um objecto tendem a estar próximas da finalidade primária (função) desse objecto. Neste exemplo, vêem-se como razoáveis e sensatas as duas primeiras respostas, já que parece não ter muito sentido dizer que se está a martelar para se viver numa casa ou para ser feliz. A escolha de uma resposta entre dois fins próximos numa ordem ou cadeia (por ex., pregar duas tábuas ou construir uma casa), e de diferente nível, estará dependente de uma aleatoriedade próxima daquela que é a escolha de termos sinónimos que utilizamos para comunicar no nosso dia-a-dia.

§ 273. Para além desta problemática escolha entre finalidades próximas numa ordem, existe aquela que é a escolha da finalidade “completa” da acção (a última dessa ordem): martela-se só para pregar duas tábuas; ou só para colocar um quadro numa parede; martela-se na parede para fazer barulho para os vizinhos; e até se pode praticar um homicídio com um martelo. Sai-se do campo anterior, da multiplicidade de possíveis respostas dentro de

⁴⁴⁸ *Vd. ARISTÓTELES, Ética a Nicómano, pp. 30 e 31, “Uma vez que parece haver uma multiplicidade de fins, escolhem alguns deles em vista de um outro fim, tal como a riqueza, a flauta e, em geral, os instrumentos. É evidente, então, que nem todos os fins atingem uma completude absoluta. Mas o fim supremo parece ter evidentemente de ser absolutamente completo. Assim, se houver apenas um único fim completo, será este o bem que é procurado; contudo, se houver uma multiplicidade de fins, será o que, de todos eles, for o mais completo. Nós entendemos que aquele fim que é perseguido por si próprio é mais completo do que o que é perseguido como meio em vista de um outro. Demais, entendemos ser mais completo aquele fim que nunca é o escolhido por causa de outro por comparação com aqueles fins que são escolhidos simultaneamente em vista de si próprios e em vista de outros fins. Na verdade, simplesmente completo é aquele fim que é sempre escolhido segundo si próprio e nunca como meio em vista de qualquer outro. Um fim deste género parece ser, em absoluto, a felicidade.”*

uma ordem de um fim “completo” (finalidades em vista de uma última), para o campo da multiplicidade de fins “completos” da acção humana (finalidade por si própria).⁴⁴⁹

O que estes exemplos têm em comum é o facto de o martelo ter cumprido sempre a mesma função, a sua finalidade primária, ou seja, martelar. O objecto foi sempre o mesmo (martelo) e serviu sempre para o mesmo (martelar). A acção concreta de martelar é que conheceu finalidades distintas.

Quando se fala em finalidade de um *objecto*, está em causa a sua *função*, que representará a finalidade primária (aquilo que “o *objecto faz*”). Porém, o conceito “finalidade” deste subcritério *Engel* parece dizer respeito à “finalidade da execução da função”, ou seja, à finalidade dada pelo sujeito à *utilização* de um objecto que cumpriu a sua função.

§ 274. O subcritério “função” diz respeito à finalidade primária de uma consequência jurídica, procurando-se saber aquilo que ela faz. O subcritério “finalidade”, por sua vez, refere-se àquilo que quem aplica a consequência pretende com essa *aplicação* concreta.

A racionalidade teleológica de ambos os subcritérios situa-se em diferentes níveis, com referentes diferentes: subcritério “função” - consequência jurídica punitiva (objecto); subcritério “finalidade” - aplicação da consequência jurídica (acção).

A racionalidade do subcritério “função” no apuramento da natureza penal de uma consequência jurídica foi vista como inadequada porque a natureza era procurada através de um elemento exterior à própria medida, que é a referida finalidade primária que a consequência jurídica recebe do Estado quando é criada. Esta finalidade acaba por predicar o objecto (a consequência jurídica) e, desse modo, passa a pertencer-lhe, embora, na verdade, não faça necessariamente parte da sua natureza, como aquela exterioridade denuncia.

O mérito do subcritério “função”, como já assinalado, reside no facto de a sua racionalidade dizer respeito ao objecto (consequência jurídica) cuja natureza jurídica se pretende apurar (“finalidade do objecto”), não havendo um esquecimento do elemento “consequência jurídica”, como acontece, por ex., com o critério da relevância ético-social do facto ou da conduta. Ao invés, o subcritério “finalidade”, ao ter como referente a acção

⁴⁴⁹ Para um bom exemplo sobre o problema da escolha de um fim completo, *vd.* MICHAEL J. SANDEL, *Justiça – Fazemos o que Devemos?*, tradução por Ana Cristina Pais, Editorial Presença, Lisboa, 2011, p. 200, “*Como frequentemente acontece, o tólos não é óbvio, mas sim discutível. Há quem diga que as universidades se destinam a promover a excelência escolar, e que a promessa académica devia ser o único critério de admissão. Outros dizem que as universidades existem igualmente para servir determinados objectivos cívicos, e que a capacidade de se tornar líder numa sociedade diversificada, por exemplo, devia fazer parte dos critérios de admissão. Descobrir o tólos de uma universidade parece ser essencial para determinar os critérios de admissão adequados.*”

humana, ou seja, a *aplicação* da consequência jurídica punitiva, vive desligado dessa própria consequência.

Através deste subcritério “finalidade”, o Estado limita-se a apreender e analisar a sua acção e não o objecto que é utilizado na sua acção, de que não se conhece a natureza jurídica. A consequência jurídica é, assim, um mero instrumento que aparece por ocasião da análise da acção, porém, a consequência jurídica, mais concretamente a sua substância, não interessa nessas contas, porque a sua finalidade primária (função) já foi perscrutada através do subcritério “função” (punitiva). Falta, sim, é saber, de modo abstracto, qual a finalidade da aplicação da consequência, já que é premissa assente que o martelo serviu para martelar ou que a consequência jurídico-penal serviu para punir (de acordo com a jurisprudência do TEDH ínsita no subcritério “função”).

§ 275. Assim sendo, o subcritério “finalidade” não é inválido, ao nível da racionalidade, apenas pelos motivos elencados aquando da exposição crítica do subcritério “função”. É-o também porque é um critério que não analisa substancialmente o elemento “consequência jurídica”, tal como sucede em relação ao critério da relevância ético-social da conduta onde não se analisa substancialmente a consequência jurídica. Todavia, pode ir-se mais longe e afirmar que, ao contrário deste último, o subcritério “finalidade” não analisa sequer a infracção. O apuramento da natureza penal não depende da análise substancial da infracção. Deste modo, não existe uma análise de nenhum dos elementos imprescindíveis (infracção e consequência jurídica) para a obtenção da natureza penal da consequência jurídica.

A racionalidade teleológica da *acção* (e não do objecto, como no subcritério “função”) é *inadequada* para o fim de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica. O que se quer é descobrir a natureza da *consequência jurídica* (objecto) e não a natureza da *aplicação* da consequência jurídica (acção humana).

§ 276. O que acabou de se dizer evidentemente que não significa que uma racionalidade teleológica seja inválida em termos absolutos. Ela é, por ex., adequada e essencial num outro plano que é o da *validade* da acção, ou, por outras palavras, ela é imprescindível no momento de valorar e aferir a legitimidade da acção.

Voltando atrás aos quatros exemplos que consagravam quatro finalidades possíveis da acção de martelar, verifica-se que se pode valorar essa acção em função do fim “completo” que foi declarado. Em termos absolutos, o acto de juntar duas tábuas ou de construir uma

casa em princípio será aceite pela generalidade da sociedade, porque é visto como algo, pelo menos, não negativo. Ao contrário dos dois últimos casos, já que fazer barulho para o vizinho ou cometer um homicídio são actos indesejados numa sociedade como a nossa. Se em todos esses casos, a função (finalidade primária) do martelo (martelar) foi variável constante e o resultado da valoração da acção foi distinto, conclui-se que a função de um objecto não serve para averiguar a legitimidade da acção. E tem sentido, já que o referente de análise é distinto (objecto/função – acção/finalidade). Então, parece ser a finalidade da acção e não a função do objecto o vector que domina a valoração da acção. Este raciocínio vem precisamente concretizado no (meta)princípio jurídico da proporcionalidade, onde a finalidade da aplicação consequência jurídica é um dos seus elementos determinantes.

Assim, a racionalidade teleológica apresenta todo o sentido no plano de apuramento da validade da aplicação da norma, sendo essencial para determinar se a aplicação de uma consequência jurídica é válida ou inválida. Porém, a sua importação para o plano do apuramento da natureza da consequência jurídica faz com que os seus efeitos sejam profundamente negativos, tal como sucede em relação ao critério da relevância ético-social da conduta, que tem sentido no plano da validade da norma, parecendo perdê-lo quando deslocado para o plano da identificação da natureza penal da consequência jurídica.

Fracassa, por tudo isto, o subcritério “finalidade”, potenciando-se, assim, a obtenção de resultados negativos.

§ 277. O subcritério “finalidade” pode ser representado através do seguinte silogismo:

- i)* Todas as consequências jurídicas (punitivas) que têm a finalidade de prevenir a prática de crimes têm natureza penal;
- ii)* A consequência jurídica (punitiva) \times tem/não tem a finalidade de prevenir a prática de crimes;
- iii)* Logo, a consequência jurídica (punitiva) \times tem/não tem natureza penal.

Este raciocínio parte já da premissa representada pelo pensamento incluído no segundo subcritério (“função”), segundo o qual as reacções penais têm a função de punir. Assim, a premissa maior daquele silogismo é a resposta do TEDH à pergunta “*Para quê punir criminalmente?*”: para prevenir a prática de crimes.

Se for recordada toda a problemática brotada das múltiplas tentativas de responder à pergunta “O que é punir?”, rapidamente se percebe que o preenchimento do subcritério “finalidade” é contaminado por essa indefinição.⁴⁵⁰

Se não se souber o que é uma coisa dificilmente se conhecerá a finalidade (primária) da sua utilização (função). Esta afirmação é bem representada no filme “*The Gods Must Be Crazy*”⁴⁵¹, onde uma garrafa vazia de coca-cola é atirada de um avião e é encontrada por uma tribo africana. O resultado foi o da atribuição de várias finalidades primárias (funções) à garrafa - como, por ex., produzir sons, como se de um instrumento musical se tratasse-, nada coincidentes com aquela que é, para todos nós, a função (finalidade primária ou convencional) de uma garrafa.

No seguimento, se não se sabe bem o que é punir, não se sabe bem para que serve punir. Contudo, como se disse anteriormente em relação ao subcritério “função”⁴⁵², nem sequer é certo que sejam aquelas duas questões autónomas, já que se pode considerar que a pergunta “O que é punir?” subsume a pergunta “Para quê punir?”. Por isto, o critério “finalidade” partilha logo com o subcritério “função” um problema relativo ao método de determinação do conceito “punição” ou “punir”.

Sem embargo, há que levar a cabo ainda uma outra escolha, desta vez relativa às finalidades da aplicação de uma consequência jurídico-penal.

§ 278. O problema das finalidades da (aplicação da) pena é tão velho como a própria história do direito penal. Discuti-lo é pensar em toda a teoria do direito penal, é abordar a “questão do destino” do direito penal e do seu paradigma.⁴⁵³

⁴⁵⁰ PEDRO CAEIRO, “The influence of the EU on the “blurring”...”, in *ob. cit.*, p. 185, “*Firstly, finding a punitive aim in the sanctions, as difference from “mere” deterrence, can be a tricky task, because it cannot be done without a general definition of the purpose of (criminal) punishment, which in turn is not available – or, at least, does not seem to have been spelt out by the ECtHR. A punitive aim cannot be equated exclusively to retribution (“zueckgelöste Majestät”) or blunt repression (“just deserts”). To the view of some punishment is deterrence. To others’, the functionalisation of the sanctions to the protection of a certain social sub-system of high relevance, to which they are an integral part, would not be incompatible with criminal law, but would rather be a sign of the legitimacy of its use.*”

⁴⁵¹ Filme de 1980, escrito e realizado por Jamie Uys, cujo título português é “Os Deuses Devem Estar Loucos”.

⁴⁵² *Vd.* § 254.

⁴⁵³ Assim, JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 65 e 66: “O problema dos fins (*rectius*, das finalidades) é tão velho quanto a própria história do direito penal; e, no decurso desta já longa história, ele tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal. A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins das penas constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal e, na plena acepção do termo, do seu paradigma.”

As respostas avançadas para responder à pergunta atinente às finalidades da pena podem dividir-se, essencial e resumidamente, em três teorias fundamentais: *i*) as teorias absolutas, que estão ligadas às doutrinas da retribuição ou expiação; *ii*) as teorias relativas, que assentam nas doutrinas que defendem que a finalidade da pena é a prevenção geral do crime; e *iii*) as teorias relativas, que propugnam pela finalidade de prevenção especial ou individual.

O TEDH, como resulta do silogismo, segue as teorias relativas da prevenção geral do crime. Tal como sucedera em relação ao subcritério “função”, também quanto ao subcritério “finalidade” não foi fornecida qualquer fundamentação sobre a opção por esta teoria. Independentemente da teoria das finalidades das penas que se adopte, não há nenhuma que defenda que, por ex., a pena de prisão não pune.

Aquilo que a pena de prisão faz é privar da liberdade e por isso se diz que ela pune. As teorias não se distanciam aqui, mas sim no que respeita à finalidade da utilização de uma sanção como esta.

As teorias que defendem que a aplicação de uma pena tem a finalidade única de punir são chamadas de teorias *absolutas* precisamente porque estão desligadas de quaisquer finalidades que não a primária (função) da pena de prisão (privar da liberdade). Nestas teorias a função da pena de prisão (privar da liberdade) coincide com a finalidade da sua aplicação (privar da liberdade), por isso se diz que elas expressam a sensação de serem “um fim em si mesmo”. O que com isto se quer dizer, na verdade, é que a função (finalidade primária) do objecto coincide com a finalidade da concreta utilização (acção). Pelo contrário, as teorias *relativas* são já aquelas que escolhem uma finalidade que não coincida com a função. Privar-se da liberdade não com a finalidade de privar da liberdade, mas sim de prevenir a prática de crimes.

§ 279. A necessidade de escolher uma finalidade da pena de prisão que não coincida com a sua função nasce do facto de se considerar que privar da liberdade, como um fim em si mesmo, não é uma acção legítima. Na sequência, para legitimar esse acto, há que escolher uma finalidade válida.

A consideração de que, em termos absolutos, reparar um dano é uma acção válida faz com que a função do instituto da indemnização do direito civil coincida com a sua finalidade. A função da indemnização é reparar um dano e a finalidade da aplicação do instituto é reparar um dano. Não sentiu aqui o Estado necessidade de procurar por uma finalidade que não a primária, que legitimasse a aplicação do instituto da indemnização. Não

foi preciso declarar que se reparava o dano para, por ex., se manter a ordem ou para se prevenirem futuros incumprimentos de natureza civil, ou até para se prevenir o crime. A realização da sua função está por si só legitimada. Ao contrário do que acontece em relação às teorias relativas dos fins da pena: a aplicação de uma pena, para ser legítima, necessita de uma finalidade que não coincida com a função, para aparecer como uma acção válida e legítima.

§ 280. Neste sentido, parece ser o facto de o TEDH adoptar a teoria relativa da prevenção geral que justifica a criação de um subcritério como o da “finalidade”. Caso contrário, ou seja, se a opção tivesse recaído sobre uma teoria absoluta, então não haveria necessidade de criar este subcritério, pelo simples motivo de que essa resposta já teria sido dada pelo subcritério “função”. Por conseguinte, uma das razões de ser do subcritério “finalidade” pode ser a teoria relativa da prevenção geral.

Para os efeitos atinentes ao processo de criação de um critério de apuramento da natureza penal, o que daqui sobressai é a criação de um (sub)critério por causa não de uma particular característica da consequência penal, mas sim por causa de uma específica teoria sobre uma dessas características, ainda para mais que recai sobre uma intenção.

§ 281. Esta particularidade do subcritério evidencia uma limitação.

Partindo da premissa de que este subcritério não sobrevive sem o subcritério “função”, se se reparar bem, este subcritério não apresenta sentido quando aplicado por quem defenda uma teoria absoluta dos fins da pena, mas apenas por quem defenda uma teoria relativa, em que a finalidade da pena não coincide com a sua função.

Assim, o subcritério não é um subcritério de carácter *geral*, porque, ao não assentar sobre um truísmo, o sentido da sua aplicação dependerá de quem aplica o critério.

Quando se faz referência ao facto de um critério para apurar a natureza dever ser *geral* tem-se em conta o universo de sujeitos que o aplica. Um critério deve apresentar sentido nas mãos de todos e não apenas e só quando é utilizado por alguns. É na distinção entre os referentes “consequência jurídica” e “sujeito aplicador do critério” que se justifica a autonomia conceptual entre a característica *universal* e característica *geral*, respectivamente. Assim, quando é *geral*, quer-se dizer que é apto (tem sentido) a ser aplicado por qualquer pessoa, independentemente da teoria que defenda. Por sua vez, quando é *universal* é apto a ser aplicado sobre qualquer consequência jurídica sem produzir incoerências. É verdade que se poderia utilizar o conceito “universal” para representar ambas as características, bastando

concretizar o conceito através de uma relativização: “universal em relação à consequência jurídica” e “universal em relação ao sujeito (que aplica)”. Contudo, a utilização de conceitos distintos simplifica a tarefa de diferenciação das características que um critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica deve ter.

Para um critério ser *geral* ele deve ter como essência uma característica que faça parte de um truísmo relativo ao referente paradigmático do conceito. Precisamente por se tratar de um truísmo ou platitude a probabilidade de um critério não fazer sentido nas mãos de um seu utilizador é idêntica à probabilidade de um truísmo, afinal de contas, não ser um truísmo. É a tal banalidade da verdade, onde assenta a característica que é essência do critério, que o torna *geral*.

Assim sendo, a elevada dependência do sentido da aplicação de um subcritério em função do sujeito que pratica essa acção desemboca na consideração de que o subcritério “finalidade” não é um critério válido porque não é um critério *geral*. Para um defensor de uma teoria absoluta sobre as finalidades da pena, não tem sentido a aplicação de um critério como este, pelo simples motivo de que, se existe o subcritério “função”, a sua resposta já foi dada, apresentando-se os resultados do subcritério da finalidade como perfeitamente inúteis. Ou seja, a ideia de que a finalidade da aplicação de uma pena é a prevenção criminal não consubstancia um truísmo, o que faz com que um critério cuja essência seja esta ideia não se apresente como um critério *geral*.

Para além disso, como já se defendeu, é este um subcritério que depende do método escolhido na densificação da definição do conceito “*punishment*”, que depende ainda da teoria da punição escolhida e, se forem questões autónomas, ainda da escolha relativa à finalidade da punição (teorias absolutas ou relativas). Em relação a estas três variáveis existe uma manifesta dúvida que impregna o subcritério de uma grande subjectividade, motivos suficientes para reconhecer que, para além de não ser um subcritério *adequado*, *rectius* de *racionalidade adequada*, e *geral*, não é um também um subcritério *seguro*, por tão subjectivo ser.

§ 282. A questão relativa à *universalidade* do subcritério “finalidade” afigura-se de simples resposta. Reconhece-se que a premissa de que todas as reacções penais têm por finalidade a prevenção geral do crime pode ser válida. Verdadeira já se sabe que é, pelo simples motivo de que se trata de uma finalidade determinada pelo ente que age (Estado), independentemente da sua validade, que é resultado já de uma avaliação crítica da acção.

É comumente reconhecido, por ex., que a aplicação de coimas não tem por finalidade prevenir crimes, tal como a aplicação de uma pena disciplinar também não tem.

Se se aplicasse o subcritério a uma medida de segurança do direito penal, ele deveria dar-se como preenchido porque a finalidade da aplicação de uma medida de segurança cristalizada pelo legislador foi a da prevenção do crime. Estes poucos exemplos permitem conhecer logo o desfecho de todos os casos possíveis, já que se considera que só o direito penal tem por finalidade declarada a prevenção do crime. O problema está precisamente em descobrir a finalidade de uma aplicação de uma consequência jurídica. Depois de sabida, então a aplicação prática do subcritério seria simples e os resultados seriam positivos já que, pelo compreendido, não se geraria uma incoerência no ordenamento jurídico, como aconteceu, por ex., em relação ao subcritério “função”.

Todavia, a questão da universalidade deste subcritério está prejudicada pelo raciocínio circular que o subcritério envolve, já que a sua conclusão parte de uma premissa que é a própria conclusão. O objectivo da aplicação do critério é descobrir se a consequência tem natureza penal, sendo que o subcritério “finalidade” já parte da premissa de que a consequência jurídica é penal, já que é por isso que a sua finalidade é a que é (preventiva criminal). Logo, não responde à pergunta “Esta consequência tem natureza penal?”. Pelo contrário, a sua resposta chama por esta pergunta.

Por todos os motivos que fragilizam este subcritério, é com satisfação que se olha para o facto de o TEDH, mais acentuadamente em matéria de confisco, praticamente não ter recorrido à aplicação deste subcritério que parece ter perecido à sombra do subcritério “função”, expressando a sua jurisprudência que o conceito “*purpose*” se reduziu à noção de função e já não também à noção de finalidade da aplicação.

3.3. O terceiro critério *Engel*

§ 283. Recordando os traços gerais do terceiro critério *Engel* avançados anteriormente, expõe-se assim a sua operacionalidade: se uma consequência jurídica não privar da liberdade, (não) será penal porque o TEDH (não) considera que é severa; se privar da liberdade, terá natureza penal se for de natureza análoga a uma sanção privativa da liberdade do direito penal *ou* se influenciar a duração de uma pena de prisão. Nestes dois últimos casos é necessário que, de modo cumulativo, estejam preenchidas as três condições do “*appreciably detrimental test*”, *sc.* *i*) a natureza da privação da liberdade; *ii*) a duração da privação; *iii*) o modo de execução da privação. Estas condições preenchem-se quando a sanção privativa da liberdade revestir um carácter permanente (diário), quando for proibida a evasão e quando for (“severamente”) duradoura.

§ 284. Associou-se a sua origem à problemática gerada em torno da aplicação do primeiro subcritério do segundo critério *Engel* (“carácter geral”) a normas típicas do direito disciplinar, que justificou a falta de universalidade e, por consequência, a invalidade deste subcritério.

A esta motivação pode-se acrescentar uma outra, desta vez atinente à falta de universalidade do subcritério “função”. Quando testada a sua aplicação sobre uma norma de direito contraordenacional, determinou-se que o subcritério podia falhar ao atribuir natureza penal à consequência jurídica. O mesmo sucedeu, por ex., em relação a uma medida de segurança que, sendo vista como preventiva, podia fazer com que o critério excluísse estas medidas do direito penal. A inexistência de um subcritério adicional ao subcritério “função” possibilitaria a ocorrência destas incoerências sistemáticas num ordenamento jurídico. Este critério alternativo parece ser, assim, uma salvaguarda da técnica *Engel*, assente na falta de universalidade do segundo critério. Apresenta-se como uma espécie de “seguro” do segundo critério que, no caso de falhar, pode ser compensado por este terceiro critério adicional.

Nesta relação entre o segundo e o terceiro critério, o fundamento da criação deste último pode ser o (problema do) segundo critério, sendo assim um exemplo da falta de universalidade deste último. A premissa de que parte o subcritério “função”, segundo a qual as sanções punitivas são sanções penais, é incompatível com aquilo que o terceiro critério estatui: apenas são penais as sanções *severamente* punitivas.

§ 285. Da análise da jurisprudência *Engel* resultou que o preenchimento do terceiro critério *Engel* só acontece quando a consequência jurídica é punitiva, ou seja, quando o segundo critério se preencheu (cfr. os casos *Engel*, *Welch*, *Sud Fondi*, *Varvara* e *G.I.E.M.*). Quer isto significar que uma consequência só é severa, aos olhos do TEDH, se for, pelo menos, punitiva. Ora, o modo como tem vindo a ser aplicado este terceiro critério parece não permitir salvaguardar os problemas resultantes da falta de universalidade relativos, por ex., às medidas de segurança. Podendo ser vistas como meramente preventivas de perigos, em princípio, não seriam consideradas severas porque não seriam punitivas. Só seria severa se, pelo menos, punisse.

Nestes termos, o terceiro critério terá um de dois efeitos necessários: ou *i*) confirma a natureza penal retirada do segundo critério; ou *ii*) exclui uma consequência punitiva do âmbito penal (circunstância que não foi verificada em nenhum dos casos analisados da jurisprudência em matéria de confisco).

Assim, é necessário concretizar a ideia de que o terceiro critério aparece como uma salvaguarda ou um “seguro” do segundo critério. Na verdade, ele ou é confirmatório ou é só um limitador ou um filtro deste segundo critério, que pode pecar por excesso. O terceiro critério possibilita apenas a exclusão do âmbito penal de consequências jurídicas que tenham passado indevidamente (através do preenchimento) pelo segundo critério, e já não a inclusão nesse âmbito de consequências que não tenham preenchido aquele critério. Deste modo, ele só previne as incoerências advenientes dos casos de inclusão de normas alóctones no direito penal e já não as disfunções relativas aos casos em que do subcritério “função” resulta uma exclusão de consequências tipicamente penais do âmbito penal (*e.g.* as meramente preventivas de perigos).

§ 286. Antes da análise dos termos em que foi edificado, conheça-se a racionalidade do terceiro critério *Engel*, de modo a apreciar se ela se mostra adequada, ao contrário daquilo que acontece com os subcritérios “função” e “finalidade”.

Ao invés do que sucede em relação ao critério da relevância ético-social da conduta, o terceiro critério *Engel* não se foca na infracção da norma. O seu objecto de análise aparenta ser a consequência jurídica e não a infracção, tal como acontece no subcritério “função”. O termo utilizado “aparenta” não foi fruto do acaso. Por muito estranho que à primeira vista possa parecer, na verdade, o critério “severidade” não parece ter a consequência jurídica como referente de análise.

§ 287. O conceito “severidade” não pode ser predicado directo de um objecto ou consequência jurídica. Um martelo não pode ser severo, tal como uma consequência jurídica não pode ser severa. A severidade diz respeito a uma acção, a uma utilização do objecto ou aplicação de uma consequência. O conceito “severidade” expressa uma ideia de “modo” e pode ser representado precisamente pelo advérbio de modo “severamente”, que manifesta a sua ligação com uma acção.

É, portanto, a utilização do objecto que pode ser severa, ou seja, é a aplicação de uma consequência jurídica punitiva e não a consequência propriamente dita que aqui é pensada. É a sua aplicação, portanto, o referente de análise do terceiro critério.

O pensamento seguido aqui é semelhante àquele já levado a cabo em relação ao subcritério “finalidade”. A racionalidade teleológica do subcritério “finalidade” foi criticada, entre outros motivos, porque através dela se pretende apurar a natureza de uma consequência não em função dela própria, daquilo que ela é, mas de acordo com a finalidade da sua *utilização*

(“finalidade da função punitiva” ou “finalidade da punição”). Como rapidamente se compreende, distingue-se a racionalidade do terceiro critério no facto de ela não ser teleológica, dado que não é a finalidade da utilização que está em causa, mas sim uma característica específica dessa utilização, que é a severidade (“característica da função punitiva” ou “característica da punição”).

Aquilo de que aqui se trata é de um certo e específico modo de utilização de um objecto. Tal como sucedeu em relação ao subcritério “finalidade”, também aqui se parte da premissa de que a consequência é punitiva. Se assim é, confirma-se que a acção que diz respeito ao terceiro critério é a aplicação de uma consequência jurídica punitiva.

§ 288. Se um objecto for utilizado quase sempre de acordo com a sua função, é normal que haja a tendência de incorporar os predicativos da utilização no próprio objecto. Associa-se o acto de martelar a um acto barulhento e acaba-se não raras vezes por predicar o objecto em função dessa característica (“martelo barulhento”), sabendo-se bem que um martelo, por si só, não pode ser barulhento. Um pássaro, por ex., já pode ser barulhento, contudo aonde se quer chegar é à ideia de que há características atribuídas a objectos que provêm da acção de utilização e não do próprio objecto, como é o caso do conceito “severidade”. Para além disso, a severidade diz respeito a uma característica humana, a um carácter, pelo que tudo o que não for humano não é susceptível de ser severo.

É este fenómeno que justifica a afirmação de que o terceiro critério apenas “aparenta” olhar para a consequência jurídica. Através da aplicação reiterada de uma consequência punitiva de modo severo, acaba-se por desembocar naquela tendência de caracterizar a consequência em função do modo de aplicação (consequência punitiva e severa). Contudo, esta espécie de personificação dos objectos e consequências jurídicas expressa notoriamente como, na verdade, aquilo que é fulcral nessa predicação é a acção e não o objecto ou consequência.

Verifica-se uma espécie de automaticidade no raciocínio estabelecido entre a severidade da acção e a severidade do objecto dessa acção, sendo a característica da acção ou utilização instantaneamente predicada no objecto. Se a utilização é severa, o objecto utilizado é severo. A aplicação punitiva é severa, logo essa consequência jurídica aplicada é severa.

Por conseguinte, para apreender a característica “severidade” é necessário olhar para origem, ou seja, para a acção, porque é o único meio à disposição no terceiro critério para conhecer o objecto. No terceiro critério não está em causa, por isso, o referente “consequência jurídica”. A sua caracterização foi resultado automático da predicação da sua

aplicação, que é a única que, neste raciocínio, pode ser tomada, pelo que se confirma assim que é a acção de aplicação de uma consequência jurídica punitiva o verdadeiro referente da racionalidade do terceiro critério *Engel*.

§ 289. É ele um critério que pretende saber qual a característica de uma consequência jurídica sem olhar para ela, numa lógica que esquece os elementos que a compõem. Uma vez mais, tal como sucede com o subcritério “finalidade”, recorre-se unicamente a um elemento externo da consequência jurídica (característica da aplicação) para determinar a essência de um critério e, por conseguinte, para apurar a natureza penal de uma consequência jurídica.

Assim sendo, a ausência de uma dialética no processo de criação de um critério que deve existir entre os elementos da norma, *sc.* infracção e consequência jurídica, de forma a obter a característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as reacções penais, é motivo para sustentar a inadequação da racionalidade que presidiu à criação do terceiro critério *Engel*.

§ 290. A pergunta que está na essência do terceiro critério é “Esta consequência jurídica pune severamente?”

Veja-se o seu silogismo:

- i) Todas as consequências jurídicas que punem severamente têm natureza penal”;
- ii) A consequência jurídica \times pune/não pune severamente;
- iii) Logo, a consequência jurídica (punitiva) \times tem/não tem natureza penal.

Em primeiro lugar, a presença do conceito “punição” começa por desestabilizar este critério. Se o preenchimento do segundo critério é premissa do terceiro e se está imbuída de elevada indefinição, então esta importação trará indefinição para o seio do terceiro critério. Por conseguinte, se esta indefinição, por si só, foi suficiente para justificar a invalidade do subcritério “função”, dada a sua *insegurança*, é forçosa a conclusão de que o terceiro critério *Engel* também é inválido porque não é um critério seguro, por tão subjectivo ser.

§ 291. O conceito “punição” não só é parte do silogismo, como é seu elemento central. O que neste critério se realiza é uma descoberta de um específico predicado daquele conceito: (*punição*) *severa*. A um conceito indeterminado junta-se um conceito também ele de

feição indeterminada. “O que é punir severamente?” é forçosa e reconhecidamente uma pergunta formalmente simples de difícil resposta. Lida-se com uma questão de grau de predicativos de um objecto que nem sequer se conhece bem.

Na tentativa de responder a esta questão, o TEDH fornece algumas pistas da sua resposta, através de uma exemplificação: as reacções penais punem severamente. É esta precisamente a composição da premissa maior do seu silogismo. Não é avançada pelo Tribunal nenhuma fundamentação que sustente esta premissa.

Depois desta construção, o raciocínio ínsito no terceiro critério consistirá numa comparação entre a consequência jurídica punitiva em análise e as reacções penais: “Esta consequência jurídica punitiva é, pelo menos, tão severa como uma reacção penal?”

Quando a medida não é privativa da liberdade, o TEDH, na jurisprudência relativa ao confisco, respondeu à pergunta, mas não fundamentou. Não foram fornecidos quaisquer critérios que possibilitassem, por ex., proceder à distinção em relação às sanções punitivas patrimoniais⁴⁵⁴. A consequência é, sem mais, considerada severa porque sim ou porque não. Recorde-se, por ex., o modo como se justificou o preenchimento do terceiro critério no *caso G.I.E.M.*, onde o Tribunal se limitou a afirmar que a *confisca urbanística* em análise era uma “*harsh and intrusive sanction*”.

Por sua vez, quando a consequência jurídica era susceptível de privar da liberdade, o TEDH forneceu alguns indicadores de resposta através da criação do seu *appreciably detrimental test*. Ora, a total ausência de linhas condutoras da condição “duração da sanção” inquina este processo comparativo, por revestir um carácter tão arbitrário que faz com que todo este teste fique contagiado por grande indefinição. Este circunstancialismo está bem patente na inconstante e incoerente jurisprudência do TEDH, de que são exemplos os casos *Engel*, *Ezreh and Connors*, *Schmautzer*, *Ravnsborg* e *Putz*.

§ 292. Direccionando as agulhas para a *universalidade* do terceiro critério *Engel*, anda-se aqui no mesmo sentido do que foi adiantado em relação à universalidade do subcritério “finalidade”. Assim, se se partir da premissa de que só as reacções penais punem severamente, então deve-se reconhecer que este critério permite a distinção entre as reacções criminais e quaisquer outras consequências jurídicas. Todavia, o problema não se centra aqui, mas sim no facto de ser muito difícil a tarefa de saber o que é punir severamente.

⁴⁵⁴ Para uma exemplificação, *vd.* NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, pp. 250.

Em síntese, no terceiro critério *Engel* assenta-se uma indefinição (severidade) sobre outra indefinição (consequência jurídica punitiva), não se livrando o produto deste somatório de uma subjectividade insustentável⁴⁵⁵. A inadequada racionalidade do terceiro critério e a indefinição da concretização dos termos do silogismo que operam no seu núcleo são motivos suficientes para se defender que ele é um critério inválido.

§ 293. A técnica *Engel* mostrou que, de facto, este critério não assume um carácter decisivo na determinação da natureza penal de uma medida. A sua manifestação como critério meramente confirmativo de uma ideia já trazida dos anteriores critérios relega-o para um segundo plano nessa tarefa. É este circunstancialismo um mal menor, na medida em que os efeitos provocados pela sua invalidade não têm o impacto que teriam se ele fosse elevado à categoria de critério decisivo.

Simultaneamente, a jurisprudência do TEDH relativa à *confisca urbanística* evidenciou que ele é um critério ainda presente na técnica. A evolução da análise em matéria de confisco dava a entender que ele era um critério praticamente esquecido. Porém, o seu súbito reaparecimento nos casos de *confisca urbanística* fez perceber que ele está bem vivo na técnica *Engel*. Sempre que uma medida foi considerada penal, este critério foi aplicado pelo Tribunal (*Welch* e casos da *confisca urbanística*). Esta constância leva a crer que assim será no futuro. Evidencia-se, de novo, aqui uma ideia de previsibilidade, sendo possível antecipar a escolha dos critérios que serão utilizados meramente em função do resultado que o TEDH nos forneça: se declarou penal, utilizou o terceiro critério; senão, não utilizou.

A escolha do terceiro critério parece vir reforçar a convicção de que o TEDH *escolhe* os critérios em função do caso. Não é este um critério que é utilizado com a função de *descobrir* a natureza penal de uma medida. A sua função evidencia-se meramente *confirmatória* de uma ideia preconcebida e já manifestada no segundo critério *Engel*.

3.4. O critério da sequência

§ 294. O critério da sequência também fracassa.

A primeira perspectiva desta análise dirá respeito à forma da sua argumentação.

⁴⁵⁵ Vd. H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, p. 2, “No one expect judges or statesmen occupied in the business of sending people to the gallows or prison, or in making (or unmaking) laws which enable this to be done, to have much time for philosophical discussion of the principles which make it morally tolerable to do these things. A judicial bench is not and should not be a professorial chair.”

É esta a forma do seu silogismo:

- i) Todas as consequências jurídicas aplicadas na sequência (por ocasião) de uma condenação penal têm natureza penal;
- ii) A consequência jurídica x é/não é aplicada na sequência (por ocasião) de uma condenação penal;
- iii) Logo, a consequência jurídica x tem/não tem natureza penal.

No plano dos princípios da argumentação, a premissa maior é uma falácia informal de argumentação, mais concretamente, uma petição de princípio (*petitio principii*), na medida em que a conclusão do argumento “têm natureza penal”, que se apresenta como o termo maior dessa premissa, está incorporada numa das suas premissas, *sc.* “condenação penal” (termo médio)⁴⁵⁶. Decompondo a premissa maior, ela envolve um insustentável argumento circular: uma consequência jurídica tem natureza penal porque é aplicada na sequência de uma condenação penal; uma condenação é penal porque nela se aplica uma consequência jurídica que tem natureza penal. Representa-se este raciocínio do seguinte modo: A por causa de B; B por causa de A.⁴⁵⁷

Como resulta dos silogismos já anteriormente feitos, e como até já se disse, é através da análise da premissa maior que se conhece a essência de um critério, já que a premissa menor e a conclusão se limitam a criar um raciocínio lógico-dedutivo que parte da conclusão ínsita na premissa maior.

A premissa maior do critério da sequência nada acrescenta a uma qualquer teoria que busque por critérios que permitam identificar uma consequência penal. O que dele resulta é precisamente a formulação da pergunta que esteve na base da sua edificação “(Mas) tem natureza penal?”, ou seja, o critério da sequência “*begs the question*”, fenómeno típico deste

⁴⁵⁶ Sobre a definição de “*petitio principii*”, *vd.* ANDREA IACONA e DIEGO MARCONI, “Petitio Principii: What’s wrong?”, in *Facta Philosophica*, n.º 7, 2005, p. 19, “By far the most popular definition is the following. To commit the fallacy of *petitio principii* is to give an argument the form

.
.
A
.
.
— —
A

In other words, a petitio is an argument whose premises include the conclusion.”

⁴⁵⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre o argumento circular, *vd.* NIGEL WARBURTON, *Thinking from A to Z*, 2.ª ed., Routledge, Nova Iorque, 2000, pp. 32 e 33.

tipo de falácia da argumentação⁴⁵⁸. Neste sentido, o critério da sequência é símbolo da incapacidade do TEDH em criar um critério válido, sendo, portanto, também um símbolo da dificuldade que o processo de criação de um critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica envolve.

§ 295. No momento em que se escarpelizou a premissa maior dos subcritérios “função” e “finalidade”, defendeu-se que o carácter altamente subjectivo do preenchimento dos conceitos tornava os critérios inaptos para atingir os seus objectivos. Concede-se agora que, apesar de a conclusão aí ínsita poder ser inválida, de uma perspectiva de lógica estruturante e de validade da argumentação as suas premissas maiores podem ser válidas ao nível da lógica da argumentação: todas as consequências jurídicas com uma função punitiva têm natureza criminal e toda a sua aplicação tem por finalidade prevenir a prática de crimes. Um argumento pode ser logicamente válido, não obstante representar uma conclusão falsa ou estar inserido num silogismo de um critério inválido. Como rapidamente se constata, isto não sucede no critério da sequência, já que a sua premissa maior é uma falácia, acabando todo o processo silogístico por ficar irremediavelmente prejudicado, já que não é possível passar da premissa maior para a menor. Fica-se refém no raciocínio circular daquela. Este é, por isso, o primeiro motivo que sustenta a ideia de que o critério da sequência não é um critério apto a identificar a natureza penal de uma consequência jurídica.

§ 296. Não é ele o único. Veja-se a racionalidade do critério da sequência. Para tal, vamos partir do pressuposto de que a invalidade precedente não existe, ou seja, de que a premissa maior do silogismo é um argumento, em si mesmo, formalmente válido.

Se a função e finalidade da aplicação deste critério é identificar a natureza penal de uma consequência jurídica, apliquemo-lo a uma famosa norma do Código penal português, o art. 131.º, cuja epígrafe é “Homicídio” e segundo o qual “Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos”.

Fornecida a norma para analisar, pegue-se no critério da sequência, mais concretamente na sua premissa menor, e veja-se se é possível chegar a alguma útil conclusão.

A consequência jurídica prevista no art. 131.º do CP tem natureza penal? De acordo com o critério da sequência é impossível de responder. O motivo é simples: a norma

⁴⁵⁸ Sobre a expressão “*Begging the question*”, *vd.* DOUGLAS WALTON, *Informal Logic – A Pragmatic Approach*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 64 a 71.

evidentemente não diz se houve uma condenação. Só é possível aplicar o critério da sequência se for dado algo mais do que apenas a norma escrita.

§ 297. Aquilo de que se necessita é de uma concreta aplicação da consequência jurídica. Senão veja-se desta forma: uma pessoa foi condenada pela prática da infracção prevista no art. 131.º do CP e por ocasião foi-lhe aplicada uma pena de prisão de 10 anos. Somos possuidores agora de elementos suficientes para poder aplicar o critério da sequência e para concluir que a consequência jurídica ínsita no art. 131.º do CP tem natureza penal, porque foi aplicada na sequência de uma condenação. Por sua vez, se naquele caso a pessoa tivesse sido absolvida por prescrição do procedimento criminal e, mesmo assim, tivesse sido alvo de uma pena de prisão de 10 anos (algo extraordinário que, *mutatis mutandis*, de repente, faz recordar a jurisprudência do *caso G.I.E.M.*), nos termos e para os efeitos do art. 131.º, a conclusão do silogismo do critério da sequência seria a de que a consequência do art. 131.º não tem natureza penal, porque não houve condenação, mas sim absolvição.

Destas tentativas formam-se duas necessárias conclusões: *i*) o critério da sequência não pode ser aplicado sobre uma norma jurídica, mas sim sobre um caso concreto; *ii*) a natureza penal de uma consequência jurídica, de acordo com o critério da sequência, pode variar em função do concreto caso onde for aplicada.

O que a primeira conclusão denuncia é uma total inoperância e ineficácia do critério da sequência. Ele não serve para apurar a natureza penal da consequência jurídica, mas a natureza jurídica da concreta aplicação de uma consequência num caso.

Tal como a crítica apontada ao subcritério “finalidade” e ao critério “severidade”, também o critério da sequência apresenta uma racionalidade inadequada, ao pretender determinar a natureza penal de uma consequência jurídica sem que ela seja o objecto da análise. Após a aplicação do critério àqueles exemplos, chega-se ao fim do silogismo sem ser preciso olhar para a infracção (homicídio) e para a consequência (8 a 16 anos de pena de prisão) previstas no art. 131.º. Como se comprova precisamente através da impossibilidade de empregar o critério da sequência sobre uma norma que não tenha sido aplicada. A infracção e a consequência jurídica desinteressam, já que o importante parece ser conhecer o sentido da decisão e o momento da aplicação da norma. O mesmo será dizer, o que importa é o caso da concreta aplicação da norma.

§ 298. É neste último ponto que o critério da sequência coincide com o subcritério “finalidade” e com o terceiro critério *Engel*, sendo, porém, simultaneamente aqui que a distinção relativa à sua racionalidade se obtém.

No subcritério “finalidade” e no terceiro critério *Engel* relativo à severidade da consequência, está em causa uma racionalidade que se preocupa com uma aplicação, que se apresenta como uma variável constante. Eles dizem respeito unicamente à aplicação abstracta de uma consequência jurídica punitiva. É por isso que é possível, através deles, resolver um caso prático se só forem fornecidos os elementos da norma. Partindo da premissa de que a aplicação da norma serviu para punir (severamente), é possível chegar à conclusão do seu processo silogístico.

No critério da sequência, a aplicação, que é o seu referente, é uma variável inconstante, porque depende do caso concreto da utilização. Não há nenhum uso concretamente identificado, i.e., não há uma premissa constante que permita pensar numa aplicação em abstracto, como acontece em relação ao subcritério “finalidade” e ao terceiro critério *Engel*. E não há porque não é possível que haja, dado que, no critério da sequência, para além da aplicação, é essencial olhar para o momento e para os efeitos ou consequências dessa aplicação, que podem variar em função de uma multiplicidade de eventos que influem no sentido de uma decisão judicial (e.g. a prova). Como denuncia a conhecida expressão “cada caso é um caso”.

O critério da sequência apresenta, assim, uma *racionalidade inadequada* para a prossecução da sua finalidade, na medida em que se pretende criar um critério para identificar a natureza penal de uma consequência jurídica desconsiderando os elementos da norma penal e concentrando-se unicamente na aplicação da consequência jurídica num caso concreto.

O precedente consubstancia a fundamentação que sustenta outra razão pela qual um critério como o da sequência é de afastar.

§ 299. O critério da sequência produz resultados inaceitáveis, podendo a mesma consequência jurídica assumir distintas naturezas em função do caso concreto. Expressa-se assim a ideia de que a natureza de algo é extremamente volátil, que não se obtém por si só, mas sim através de elementos externos dos quais depende.

Neste sentido, revela-se interessante recordar a jurisprudência do TEDH em matéria de confisco, onde se assistiu a esta dependência externa deste critério: sempre que este critério foi aplicado a um caso em que o confiscado foi condenado, a norma foi considerada penal (*Welch* e *Geerings*); se foi absolvido, a norma não assumiu a natureza penal (e.g., *Gogitidze*

e *Sud Fondi*). Estes resultados são obtidos automaticamente da decisão do processo, desinteressando a modalidade de confisco que está em causa, ou seja, desconsiderando os elementos da norma que formam essa modalidade.

É, por isso, com satisfação que se olha para a crítica que em *G.I.E.M* se lançou à utilização do critério da sequência. Prática que se deve manter, de forma a prevenir possíveis resultados disfuncionais do critério da sequência.

§ 300. A jurisprudência do TEDH em matéria de confisco permite ainda retirar a conclusão de que, ao contrário do que se fazia crer, a aplicação do critério da sequência não se revestia assim tão simples e objectiva. Foi conhecida uma problemática densificação do conceito “condenação” do critério da sequência através das dúvidas surgidas em torno da interpretação do art. 7.º da CEDH. É manifesta a dúvida em torno do preenchimento desse requisito, não se sabendo se o seu referente é uma condenação *formal* ou *substancial*. Mais, não é claro sequer quais são os componentes da infracção necessários para que o requisito se preencha, e.g. *punibilidade*, *actus reus* e *mens rea*.

Ao contrário do que se vem defendendo em relação, por ex., aos segundo e terceiro critérios *Engel*, aqui o grau de subjectividade acabado de verificar não é suficiente para ser ele também um motivo de invalidade do critério da sequência. Não se lida aqui com conceitos indeterminados como sejam “punição” ou “severidade”, que representam um elevado grau de subjectividade. No critério da sequência, o grau é muito menor, ao ponto de passar para o campo de uma subjectividade suportável. Neste sentido, não fossem todos os problemas que o aniquilam, e ele seria *seguro*.

§ 301. A questão da *universalidade* do critério da sequência está evidentemente prejudicada pelas considerações tecidas em relação à inadequada racionalidade do critério.

Todavia, surge neste momento uma ideia interessante de expor, por parecer relevante numa teoria relativa ao método de criação de um critério.

O próximo referente de análise será a premissa maior do silogismo do critério da sequência: “Todas as consequências jurídicas aplicadas na sequência (por ocasião) de uma condenação penal têm natureza penal”.

Apesar de ser uma falácia, nada impede que se aprecie se esta conclusão é válida ou não. Permita-se, para tal, que se reconfigure a premissa maior do critério da sequência, de modo a que em causa não esteja o conceito “condenação”, mas sim o conceito “infracção penal” ou “facto ilícito-típico”. Desta maneira, o raciocínio pode ser estabelecido entre os

elementos da norma, *sc.* infracção e consequência jurídica, sendo assim possível realizar a dialéctica imprescindível na tarefa de apurar a essência de um critério.

Por conseguinte, moldado o critério desta forma, laborar-se-á a partir da seguinte premissa: a consequência jurídica aplicada em *abstracto* e *por ocasião* (da prática) de uma infracção criminal tem natureza penal.

§ 302. O vector que comanda esta conclusão é o tempo. Lida-se com uma sequência cronológica entre os dois elementos da norma sancionatória. Interessa, portanto, verificar se a medida aparece depois da infracção e não ao mesmo tempo ou antes dela, *i.e.*, se a medida é uma *consequência jurídica* da infracção criminal. O predicativo “consequência jurídica” é o cerne da questão e não o objecto predicado, já que não é analisado substancialmente. Não importa conhecer o objecto, dado que, independentemente da sua forma, o elemento determinante é o momento em que ele aparece.

A pergunta chave para descobrir a natureza penal é: “Esta medida é uma consequência jurídica de uma infracção criminal?”.

É interessante verificar como esta linha de raciocínio admite a entrada no direito penal de todo o tipo de consequências, desde que sejam consequências jurídicas da infracção penal. A sua concepção do direito penal não está, por isso, amarrada à ideia de que as suas reacções, para serem penais, têm de possuir uma específica característica, como seja a função de punir ou a sua severidade, que são características apuradas na sequência de uma tentativa de análise substancial.

A ideia que por aqui trespassa é a de que, mais uma vez, a natureza de um objecto é descoberta em função de algo externo, de um *momento*, do momento da utilização ou aplicação, no seguimento de um tipo de racionalidade inadequado para apurar a natureza de um objecto e, no concreto caso, de uma consequência jurídica.

Estamos perante aquilo que se entende ser uma falácia causal (*post hoc ergo propter hoc*), que consiste em associar o tempo como para justificação de uma relação de causa-efeito, mais concretamente que consiste em argumentar que, porque um evento ocorreu depois de outro, este último é a causa daquele primeiro. Dito de um modo mais coloquial, incorrerá nesta falácia causal a pessoa que aplicar o critério da sequência tal como aquela que afirmar que o sol nasce porque os galos cantam.

§ 303. Até agora, tudo o que se vem dizendo não colocou em causa a validade da conclusão segundo a qual todas as consequências jurídicas aplicadas por ocasião de uma infracção penal têm natureza penal.

O que se fez foi apenas conhecer a racionalidade por detrás dessa conclusão. O facto de ser inadequada quis somente alertar para o risco de ela vir a desembocar numa conclusão errada. Se num ordenamento jurídico todas as consequências aplicadas em abstracto e por ocasião de uma infracção penal tiverem natureza penal, então reconhecer-se-á que, não obstante partir de uma errática abordagem, aquela afirmação é válida.

O único modo de averiguar o seu mérito será através da observação do ordenamento jurídico que serviu de base à formulação da conclusão, mais concretamente das consequências jurídicas portuguesas da infracção criminal, de modo a perceber se existe pelo menos uma que não tenha natureza penal.

Nunca é demais alertar que o objecto desse estudo é as consequências jurídicas que efectivamente existem no nosso ordenamento e não aquelas que deveriam existir. O mesmo se diga em relação à natureza jurídica dessas consequências, em que há que aceitar aquela que é a sua reconhecida natureza, ou seja, aquela que o legislador diz ser, e não aquela que deveria ter dito. Num processo de sistematização e divisão em classes, é forçoso que se parta pelo menos do truísmo de que existem classes (para dividir).

Num plano mais abstracto, de facto, só assim pode ser. O processo de identificação de um objecto envolve o conhecimento do mundo que nos rodeia, tal e qual como ele parece ser e não como ele deveria ser. Quanto mais bem o conhecermos, melhores serão, em princípio, os resultados da identificação por diferenciação ou repetição. Num raciocínio imaginativo, se, de repente, se alterasse substancialmente a natureza das coisas à nossa volta, mais dificilmente identificaríamos o objecto diante de nós, já que tudo nos pareceria extraordinário. Assim, se esse mundo for o ordenamento jurídico português, será visto como ele é e não como queríamos que ele fosse.

§ 304. Por determinação do legislador, em Portugal, as penas e as medidas de segurança são vistas como consequências penais. É este um dos truísmos deste estudo. Fossem estas as únicas consequências jurídicas daquela infracção e a conclusão que vimos analisando mostrar-se-ia válida. Contudo, no direito português também existe, por ex., o instituto da reparação de perdas e danos.

A prática de uma infracção criminal, para além de poder gerar responsabilidade criminal do autor, pode fazer surgir, por ex., a sua responsabilidade civil extracontratual. Daí

a consideração de que “a infracção criminal repercute duplamente na ordem jurídica”⁴⁵⁹. A obrigação do autor do facto de indemnizar o lesado pelos danos sofridos é, portanto, uma consequência jurídica da infracção penal. Resta, então, conhecer a sua declarada natureza, para se reunirem os elementos necessários para averiguar a veracidade da conclusão em jogo.

Não obstante as várias concepções sobre a forma como este instituto deveria estar edificado e sobre qual deve ser a sua natureza⁴⁶⁰, hoje em dia, no direito português, o legislador mostra expressamente no art. 129.º do CP que este instituto tem natureza civil (“A indemnização de perdas e danos emergentes de crime é regulada pela lei civil”). Por muito que se possa discordar desta opção, se é, sem mais, a lei civil que o rege, então deve ser porque se considerou que a sua natureza jurídica era civil, já que o apuramento da natureza deve anteceder a determinação do regime aplicável.

Existem condições suficientes para concluir que a indemnização de perdas e danos é uma consequência jurídica da infracção criminal que não tem natureza penal. Ela é, do ponto de vista *formal*, uma consequência jurídica da infracção, mas não entra no âmbito penal porque é distinta do ponto de vista *substancial*, sendo, por isso, estranha à doutrina das reacções criminais.⁴⁶¹

O predito confirma o receio demonstrado em relação à inadequada racionalidade, que pretendia apurar a natureza de uma consequência em função do momento do seu aparecimento. Afinal de contas, este método resultou numa conclusão que não é válida, dado que nem todas as consequências jurídicas de uma infracção penal têm natureza penal. A existência do instituto da indemnização de perdas e danos é o motivo que, só por si, torna falsa a premissa.

§ 305. Não basta, portanto, estar perante uma consequência jurídica da infracção penal para afirmar correctamente que a consequência jurídica tem natureza penal.

Na dialéctica estabelecida no interior da norma, o vector tempo não é suficiente para apurar a natureza penal da consequência. Confirmou-se que as reacções criminais, *sc.* penas e as medidas de segurança, são consequências da infracção criminal. Logo, o vector tempo importa na determinação de uma característica da norma, como o próprio conceito

⁴⁵⁹ *Vd.* CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal* (1967-1968), Coimbra, 1968, p. 75.

⁴⁶⁰ Sobre esta problemática, *vd.* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. Parte Geral, Tomo II...*, pp. 77 a 79; CASTANHEIRA NEVES, *Sumários*, pp. 75 a 80 e 190 a 201. MIGUEL JOÃO COSTA e JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, “A Reparação no Direito Penal Português Constituído e Constituído. Recentes expressões da figura e desconstrução de algumas propostas”, in *Jusjornal*, n.º 1016, de 25 de Maio de 2010, pp. 1 a 5.

⁴⁶¹ Assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. Parte Geral, Tomo II...*, p. 46.

“consequência” evidencia. Mas não é determinante para apurar a natureza. Não basta uma mera ligação temporal. Não basta ser consequência da infração penal. A *sequência por ocasião* é uma característica das consequências de natureza penal e, pelo menos, civil, sendo, por isso, uma característica comum entre elas. Não é esta uma característica *necessária (única ou exclusiva)* das reacções criminais. Por esta razão, não serve ela como essência de um critério que pretende distinguir as reacções do direito penal de quaisquer outras. Um critério que partisse daquela falsa premissa (maior) não seria um critério *universal*.

É preciso algo mais do que uma sequência por ocasião. É algo mais profundo que deve ligar a infração à consequência jurídica. O vector operativo dessa dialéctica não deve ter um carácter formal, mas sim um carácter *substancial*. Quando se pensa em substância, pensa-se em matéria. E, quando se pensa em matéria, pensa-se em objecto ou coisa. A característica essencial e necessária (única ou exclusiva) da consequência penal deve ser descoberta na relação *material* ou *substancial* estabelecida entre a infração e a consequência jurídica. Há, então, que olhar para a consequência e apreciar o movimento e comportamento dos seus componentes. Nessa interacção, deverá haver pelo menos um modo de relacionamento material único com a infração que, depois de identificado, deve ser utilizado como fundamento ou essência de um critério de apuramento da natureza penal de uma consequência jurídica.

§ 306. Até então tem-se vindo a tentar criar as bases de um método de criação de um critério que seja validamente apto a prosseguir as suas finalidades.

Ainda não se descobriu qual é essa característica essencial e necessária (única ou exclusiva), de todas as reacções criminais. É normal, porém, já que para conhecer é preciso apreender, e até então ainda só foram sendo conhecidas algumas características não exclusivas da norma penal à medida em que se têm vindo a decompor os critérios *Engel* e o critério da sequência.

Regressando à versão de um critério onde o requisito “condenação penal” fosse substituído pelo requisito “infração penal”, termina-se com a conclusão de que este seria um critério inválido porque a sua premissa maior não seria válida. Nem todas as consequências jurídicas de uma infração penal têm natureza penal.

3.5. Outros critérios

§ 307. No momento em que se expôs o segundo critério *Engel*, verificou-se que o TEDH, para determinar a natureza da infracção, utilizou, por vezes, outros subcritérios para além dos subcritérios “carácter geral” da infracção, “função” e “finalidade” da consequência. Concretamente em matéria de confisco, aplicaram-se: o *i*) critério da natureza do processo, *ii*) o (sub)critério relativo à culpa e *iii*) o critério do órgão decisório.

A sua parca utilização na técnica *Engel* em matéria de confisco indicia que, para o TEDH, estes (sub)critérios não assumem elevada importância no momento de descobrir a natureza penal de uma medida. Parecem ter sido empregados como argumentos confirmatórios de uma natureza que já havia sido determinada anteriormente e de modo enigmático. Esta circunstância não é suficiente para justificar uma ausência da sua análise. O objectivo de descobrir ou, caso seja necessário, de criar um critério validamente apto a apurar a natureza penal de uma consequência jurídica faz com que tenha sentido o seu tratamento. Poderá muito bem ocorrer que um deles preencha todos os requisitos necessários para para se mostrar critério válido.

§ 308. A abordagem destes critérios será feita de um modo mais sucinto, dada a sua anunciada baixa relevância no seio da técnica *Engel*. Este tratamento é feito apenas agora e não aquando da exposição do segundo critério porque não resultou claro da análise da jurisprudência do TEDH em matéria de confisco se os critérios eram autónomos em relação aos três critérios *Engel*, ou se eram subcritérios do segundo critério *Engel*. O tratamento seguinte assumi-los-á como autónomos. Assim, ao não se fazer depender a sua validade da (in)validade do segundo critério a que pertenceriam enquanto subcritérios estará a potenciar-se a descoberta de um critério adequado a satisfazer os desígnios aqui traçados.

Para além disso, parece mais apropriada esta sistematização, na medida em que, se o tratamento se quer mais sucinto, é importante que os fundamentos das conclusões possam ser avançados por remissão para aqueles verificados nos critérios anteriormente perscrutados.

i) O critério da natureza do processo

§ 309. O critério da natureza do processo foi aplicado nos casos *Phillips*, *Van Offeren* e *Butler*.

De acordo com os seus traços gerais, uma consequência jurídica terá natureza penal se for aplicada num processo penal, cujo objectivo é apurar se houve responsabilidade penal.

De acordo com a jurisprudência do TEDH em matéria de confisco, sempre que este critério foi aplicado não foi dado como preenchido. Parece, então, ser um critério talhado para justificar apenas o afastamento da natureza penal de uma consequência jurídica.

§ 310. É um critério de feições semelhantes ao critério da sequência. Enquanto este último diz respeito a uma condenação, que é parte integrante de um processo penal, o critério da natureza do processo refere-se a todo esse processo. Por conseguinte, existe uma relação de consumpção entre o critério da natureza do processo e o critério da sequência. Uma consequência penal é aplicada na sequência de uma condenação penal, que surge na sequência de um processo penal.

A semelhança entre estes critérios é bem representada através dos vícios de que ambos partilham.

A premissa maior do silogismo do critério da natureza do processo também é uma falácia de argumentação por constituir um raciocínio circular: a consequência jurídica tem natureza penal porque é aplicada na sequência de um processo penal; o processo é penal porque nele se aplicou uma consequência jurídica de natureza penal.

Tal como sucede em relação ao critério da sequência, a sua racionalidade também é inadequada aos seus desideratos. É um critério que se desinteressa pela infracção e pela consequência jurídica da norma.

A natureza da consequência determina-se através de uma concreta aplicação da norma, como se comprova através da impossibilidade de aplicar este critério a uma norma que não tenha aparecido no seio de um processo penal. Desta vez, pretende-se conhecer a natureza em função do *espaço* onde se aplica a consequência. O vector que a preside não é agora um momento (critério da sequência), mas o espaço onde ocorre a aplicação. É, neste sentido, um critério totalmente ineficaz quando opera sobre uma consequência que não pertenceu a nenhum concreto processo, e que está construído sobre uma racionalidade profundamente *inadequada* ao objectivo de apurar a natureza penal de uma consequência jurídica, dada a sua dependência de um caso concreto e a total ausência de uma dialéctica estabelecida entre os elementos da norma.

§ 311. A premissa de que parte é falsa.

Nem todas as consequências jurídicas aplicadas na sequência de um processo penal têm natureza penal. A ação civil relativa ao pedido de indemnização de perdas e danos, nos termos do art. 71.º do nosso CPP, deve ser deduzida no respectivo processo penal (princípio da adesão). Deste modo, apesar desse pedido ter natureza civil, é apreciado conjuntamente com a ação penal, sendo, nestes termos, uma consequência jurídica aplicada na sequência de um processo penal. Assim, estará também esta motivação a sustentar a falta de *universalidade* do critério da natureza do processo.

Em síntese, a falácia argumentativa ínsita no critério, a racionalidade inadequada ao atingimento dos seus desideratos e a sua falta de universalidade deverão sustentar o seu afastamento de uma técnica como a *Engel*.

ii) O critério da culpa

§ 312. O critério relativo à culpa no cometimento da infracção apareceu essencialmente como um subcritério do segundo critério *Engel*. Nos seus termos, uma consequência jurídica terá natureza penal se a culpa for um factor de determinação da medida da consequência jurídica de uma infracção penal.

O seu aparecimento na jurisprudência do TEDH em matéria de confisco deu-se essencialmente nos casos relativos à *confisca preventiva*. Reduzido a um papel meramente secundário, a sua função consistiu em justificar a não pertença de uma consequência jurídica ao âmbito penal (com excepção do *caso Welch*).

§ 313. Não se trata aqui do cometimento culposo de uma infracção de qualquer natureza, mas apenas da infracção penal. Se assim não fosse, rapidamente se estaria perante um critério que não seria universal, tendo em conta que a culpa é requisito pertencente a consequências jurídicas de vários ramos do direito, não obstante a sua noção poder ser distinta entre estes ramos e também entre estes e a noção de culpa do direito penal.

Esta instantânea ligação a uma infracção penal inquina o raciocínio da aplicação implicado no critério, no mesmo sentido do já avançado em relação, por ex., ao critério da sequência e ao critério da natureza do processo. É um critério cuja conclusão parte de uma premissa que inclui a própria conclusão. Só se pode aplicar este critério se se souber de antemão que a infracção é criminal, que é precisamente uma das conclusões a que se tem de chegar através deste critério (a culpa na infracção criminal).

§ 314. É no plano da racionalidade que se encontra aquele que é o aspecto do critério com maior relevância para este estudo.

Se fosse possível superar aquele raciocínio circular, aqui apura-se a essência do critério olhando para aqueles que são os elementos da norma: infracção e consequência jurídica. Ao contrário do que acontece com o subcritério “finalidade”, com o critério “severidade”, com o critério da sequência e o da natureza do processo, no critério da culpa, de facto, não se extrai a característica da reacção criminal em função de elementos externos a esse objecto de análise. Aqui são os elementos da consequência que determinam a essência do critério, e não a sua finalidade, uma sua característica, o momento ou o espaço da aplicação de uma consequência jurídica.

No exercício feito aquando da análise crítica do critério da sequência, decidiu-se moldá-lo através da substituição do seu requisito “condenação penal” pelo de “infracção penal” ou “ilícito-típico criminal”, de forma a ficar com dois elementos da reacção penal. Criaram-se assim as bases necessárias da dialéctica que deve existir num raciocínio que tem por finalidade criar um critério. A ligação entre a infracção e a consequência era meramente formal, comandando-a o vector tempo. A aplicação de uma consequência por ocasião de uma infracção penal foi entendida como insuficiente, já que existem consequências jurídicas da infracção criminal que não têm natureza penal, de que é exemplo o instituto da reparação de perdas e danos. Na criação de um critério, o que deve unir os elementos da norma é um modo de relacionamento material ou substancial.

§ 315. O critério da culpa não necessita de ser modificado para se laborar com os elementos da norma. Ele proporciona naturalmente as condições para a realização daquela dialéctica. Desta vez, o seu vector é a culpa e não o tempo. O que une a infracção à consequência jurídica é a culpa, que é uma característica que pertence à infracção e à consequência e que brota de uma relação estabelecida entre estes elementos. Há uma aparição da infracção criminal culposa no interior da consequência jurídica, que ganhará forma em função daquela. A infracção criminal culposa é um elemento integrante da consequência jurídica e patenteia a existência de uma relação substancial entre estes dois elementos. É da substância desta relação que se extrai a característica da consequência jurídica, ou, por outras palavras, é de um modo de relacionamento substancial que se extrai a essência do critério da culpa.

Pela primeira vez, está-se perante um critério que procura pela característica da consequência criminal no seio de uma relação substancial estabelecida entre aquela e a

infracção. Olha-se para os elementos da consequência jurídica e verifica-se se a infracção criminal culposa é um deles. Esquecendo o seu insustentável raciocínio circular que corta as bases da sua operacionalidade, até agora este é o critério cuja criação segue uma racionalidade mais próxima daquela que aqui é defendida. Para culminar este processo de idealização de um critério com esta racionalidade importa ainda verificar se a culpa é uma característica de todas as reacções de natureza criminal.

§ 316. Rapidamente se percebe que não é. Para tal, basta pensar nas medidas de segurança de natureza criminal aplicadas sobre agentes inimputáveis, onde a culpa pela prática do facto ilícito-típico criminal não é pressuposto de aplicação destas reacções. A culpa não une, pelo contrário, distancia as penas criminais das medidas de segurança relativas a inimputáveis. A culpa pela prática de um facto ilícito-típico é pressuposto e limite das penas, mas já não daquelas medidas de segurança.

O critério da culpa não apresenta, portanto, resultados positivos quando aplicado sobre aquela modalidade de medidas de segurança, conferindo-lhes uma natureza oposta àquela que é a reconhecida natureza criminal destas reacções.

Quando se pensa na escolha de uma característica da reacção criminal no processo de criação de um critério, há que ter em mente que a ela tem de ser *comum* a todas as reacções criminais (*comparação interna*). Só assim se poderá afirmar que ela é uma característica de *todas* as reacções criminais e não apenas de algumas. É a característica comum decisiva no processo de formação de uma categoria ou classe: “consequências jurídicas de natureza penal”. Para além de ter de ser comum a todas, ela tem de ser *necessária*, *única* ou *exclusiva* em relação às restantes consequências jurídicas dos outros ramos do direito (a outra vertente da universalidade do critério, revelada por uma *comparação externa*).

De facto, as consequências jurídicas que se regem em função do requisito “culpa” pela prática de um facto ilícito-típico criminal têm natureza penal. As penas (criminais) têm natureza criminal. Se a pena fosse a única reacção criminal, um critério com estes moldes seria universal. Mas, como se acabou de verificar, não é uma característica comum a todas as reacções criminais (*comparação interna*). Por consequência, não se vêem reunidas as condições suficientes para erigir a premissa maior do silogismo do critério da culpa, já que nem todas as reacções criminais têm como pressuposto e limite a culpa pela prática de um facto ilícito-típico criminal.

§ 317. No processo de determinação da natureza penal de uma consequência jurídica, no momento em que ela é observada, se se verificar que o requisito “culpa” é um factor de determinação da medida da consequência, pode ser retirada uma conclusão importante, qual seja a de que o facto ilícito-típico culposo parece pertencer à consequência e é (também) *por causa* dele que a consequência é como é, ou, numa aplicação concreta, que será como será.

O que isto indica é que a função da infracção não é apenas a de servir de mero pressuposto de aplicação. Ela, para fazer parte da natureza da consequência, tem de ser mais do que *conditio sine qua non*. O facto ilícito-típico culposo é pressuposto da consequência, mas também é limite desta. Ele não só participa na possibilidade de aplicação, como intervém ainda na conformação da consequência jurídica. O facto culposo é pressuposto de aplicação da consequência e factor de determinação da medida da consequência. A infracção não se limita a permitir o surgimento da consequência, mas é preponderante ainda na conformação desta última.

A título de exemplo, tal como o acto sexual (ou intervenções médicas que o substituam) é condição essencial para a reprodução humana, também o crime é condição essencial para a existência de uma pena. Todavia, enquanto o acto sexual em si não tem qualquer influência na concreta conformação da pessoa que dela brotar, *e.g.* na altura, na cor da pele, na cor dos olhos, na doença, enfim, no resultado que é o específico ser humano, por sua vez e pelo contrário, a infracção dá forma e conteúdo à (sua) consequência jurídica. O acto sexual (ou as supramencionadas intervenções) é pressuposto da nossa existência, mas não é parte do nosso ADN. O crime é pressuposto da pena e é parte do ADN desta. A consequência é como é porque o facto culposo foi como foi. O facto culposo é condição de existência (pressuposto de aplicação) da pena e é factor de conformação da pena. Por isso é que se considera que a culpa é limite da pena. Uma pena deve ser sempre limitada por um facto praticado com culpa. Está aqui expressada a ideia de uma relação substancial estabelecida entre o crime e a pena, consubstanciada no acto de a conformar, limitando-a. A infracção faz parte da consequência porque um dos limites da sua concreta criação é a infracção. A infracção é *condição*, mas também faz parte do *momento constitutivo* da consequência, porque “toca a essência não a forma”.⁴⁶²

⁴⁶² *Vd.* CASTANHEIRA NEVES, “Entre o “legislador” e a “sociedade” e o “juiz” ou entre o “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 74, 1998, p. 4, onde o Autor – embora no âmbito dos problemas estruturais da jurisdição – procede à distinção entre “*condição*” e “*momento constitutivo*” de acordo com o seguinte critério: “só este último é o decisivo, toca a essência não a forma”.

Assim, um palco privilegiado para analisar esta relação é o do plano dos factores de determinação da medida de uma consequência jurídica, já que não só participam na criação da concreta consequência como determinam a sua forma. É um espaço pertencente unicamente à consequência jurídica, nas suas profundezas, onde se comprovou estarem contidos elementos referentes à sua génese.

Este raciocínio de identificação da natureza procura acompanhar o caminho seguido pelo legislador no processo da criação da norma penal. Após a determinação dos pressupostos do facto criminal, associa-se-lhe uma consequência por causa daquele facto que a molda e dá razão de ser.

Sem embargo, há ainda um outro aspecto importante relativo aos planos de operação da criação de um critério.

Se existe o objectivo de conhecer os factores que delimitam uma consequência, uma interessante ferramenta que parece auxiliar este processo é o raciocínio implicado pelo princípio da proporcionalidade. Quando se coloca uma consequência jurídica sob o teste da proporcionalidade, desencadeia-se uma operação comparativa, mais concretamente uma comparação de limites, *sc.*, o limite da consequência jurídica que foi aplicada e o limite da consequência jurídica que deveria ter sido aplicada. Se aquele primeiro exceder este último, a consequência jurídica é desproporcional. Assim sendo, se é um teste que implica limites, pensados também em função dos factores de determinação da medida e da proporcionalidade de uma consequência, para encontrar a infracção criminal no meio destes, deve-se atentar no modo como o princípio da proporcionalidade é aplicado sobre a consequência. Neste sentido, porque este teste da proporcionalidade parte da premissa de que os factores de determinação já são conhecidos, esta tarefa servirá apenas de argumento de confirmação dos factores. Por outras palavras, quando num ordenamento jurídico existir dificuldade na identificação dos factores que limitam uma consequência, pode-se recorrer à análise daquela que tem sido a aplicação do princípio da proporcionalidade, com a finalidade de eliminar essa dúvida.

§ 318. O debate havido em torno da natureza do obsoleto instituto da reparação de perda e danos⁴⁶³ suporta aquilo que se tem vindo a defender. Previsto no art. 34.º do CPP de 1929, no seu § 2.º, dizia-se que “o quantitativo da indemnização será determinado segundo

⁴⁶³ Sobre este debate, *vd.* CASTANHEIRA NEVES, *Sumários*, pp. 190 e ss.

o prudente arbítrio do julgador, que atenderá à gravidade da infracção, ao dano material por ela causado, à situação económica e à condição social do ofendido e do infractor”.

Um dos argumentos dos defensores da natureza penal do instituto, que era visto como um efeito penal da condenação, dizia respeito aos factores ou critérios de determinação do *quantum* da indemnização.

Antes demais, partia-se da premissa de que o critério civil de determinação do “*quantum respondeatur*” era o critério do dano, e de que um dos critérios da determinação da responsabilidade em matéria penal era o critério da culpa, que serve de princípio regulativo da determinação da moldura penal aplicável e, dentro desta, da determinação da medida concreta da pena, servindo-lhe de limite.

Segundo Figueiredo Dias, o critério do art. 34.º, § 2.º, do CPP de 1929 que presidia à determinação do montante da indemnização não era o critério do dano, já que aquela disposição mandava atender, em primeira linha, à *gravidade da infracção*. Assim, “...se esta é (...) sempre avaliada em função do princípio da culpa, será este em última análise o critério decisivo, quer directamente na medida da pena, quer indirectamente no montante da reparação. (...) Decisivo será, porém, sempre e só, o critério da culpa”.⁴⁶⁴

O Autor descobre, portanto, o fundamento daquele instituto nas características da consequência, mais concretamente, na influência (onde se expressa, então, a noção de relação, que se tem pretendido evidenciar) que a infracção exerce sobre a consequência jurídica.

Se a gravidade da infracção não fosse factor de determinação da medida da indemnização, como acontece nos dias que correm, poder-se-ia concluir que o dano era pelo menos um dos factores que conformavam essa consequência, já que (também) seria o factor “dano” que presidiria à determinação do montante de indemnização civil. Neste sentido, a determinação da indemnização seria feita em função do dano e não em função da infracção praticada com culpa, motivo que sustentaria, nesta lógica, a natureza civil desse instituto, que será uma possível razão por detrás da criação do art. 129.º do CP. A função da infracção

⁴⁶⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos “In Memoriam” do Prof. Doutor José Bezeira dos Santos*, Coimbra, 1966, pp. 119 e 120. Assim também, CASTANHEIRA NEVES, *Sumários*, pp. 194 e ss.. Neste sentido, e num momento em que o legislador já havia cristalizado a natureza civil deste instituto no art. 129.º do CP, *vd.* MIGUEL JOÃO COSTA e JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, *ob. cit.*, p. 3, “Apesar da actual obsolescência da questão, diremos ainda assim que somos, quanto ao direito que era então constituído, mais sensíveis à primeira interpretação [natureza penal]. É que o art. 34.º, § 2.º, na fixação do *quantum indemnizatório*, mandava atender em primeiro lugar à gravidade da infracção e, assim, ao grau de ilicitude, do facto e ao grau de culpa do infractor. Ora, quer a ilicitude quer a culpa (...) são critérios cuja operatividade, em termos de fixação da medida da consequência do facto, é característica do direito penal. Como tal, parece-nos que a indemnização arbitrada em processo penal revestia, inevitavelmente, substantivamente, natureza também penal.”

praticada com culpa parece ser a de pressuposto de aplicação deste instituto, não desempenhando também a função de determinação da sua medida, como acontecia antes da alteração legislativa.

§ 319. Esta argumentação reforça, por isso, o entendimento segundo o qual é nas características da própria consequência jurídica que se deve procurar pela sua natureza. Se a sua medida ou forma for determinada em função de características da infracção, então é sinal de que existe uma relação substancial entre os elementos da norma e de que, então, o elemento infracção poderá pertencer à consequência jurídica, sendo sua parte integrante e, assim, podendo definir a sua natureza. Cria-se, deste modo, a relação substancial que é determinante na escolha da característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de um critério. Afiguram-se determinantes as manifestações ou reflexos da infracção criminal na consequência jurídica no plano dos factores que dão forma a esta última, bem como naqueles que são responsáveis pela sua aplicação (pressupostos de aplicação).

§ 320. Apesar do fracasso do TEDH na criação do critério “culpa”, este revela-se um critério muito interessante de ser aqui estudado, porque a sua essência parece ser extraída de uma relação substancial estabelecida entre a infracção e a consequência.

Passou-se de uma teoria que ligava uma medida à infracção por mera ocasião (critério da sequência) – consequência jurídica *formal* - para uma teoria que a vê como algo mais do que uma singela consequência – consequência jurídica *substancial* -, de acordo com as exigências relativas à *racionalidade adequada* que devem operar na criação de um critério para apurar a natureza penal de uma consequência jurídica.

§ 321. No processo lógico de aplicação do critério da culpa representa-se a segunda das trajectórias do *efeito bumerangue*: (natureza da) infracção jurídica \Rightarrow consequência jurídica. Ou seja, do elemento (natureza da) “infracção criminal” parte-se para o elemento “consequência jurídica”, assim conhecendo a natureza desta última.

Todavia, no critério da culpa não se realiza a primeira daquelas trajectórias: consequência jurídica \Rightarrow infracção jurídica. Este último elemento aparece já sob a forma de infracção criminal, sem se saber como se chegou até aí, pelo que de nada serve a segunda trajectória se não se tiver já obtido a conclusão de que a infracção que influencia a forma da consequência tem natureza penal. Só se poderá declarar que a prática culposa da infracção

criminal é um dos elementos da consequência jurídica se, em primeiro lugar, se concluir que a infracção tem natureza penal.

O critério da culpa peca, por isso, ao ignorar a essencialidade que reveste a primeira trajectória no momento de apurar a natureza penal de uma reacção jurídica.

Apesar de alguns dos méritos do critério da culpa, e da sua importante contribuição para esta tarefa de criação de um critério, o raciocínio circular envolvido na premissa de que parte, bem como a errada escolha da característica comum a todas as reacções criminais, indicam que este critério não deveria nunca ter conhecido a luz do dia.

iii) O critério do órgão decisório

§ 322. O critério do órgão decisório, na jurisprudência do TEDH em matéria de confisco, não foi utilizado como um subcritério do segundo critério *Engel*, mas sim como um critério autónomo em relação aos restantes. No caso *G.I.E.M.*, este critério foi um dos argumentos que sustentou a natureza penal da *confisca urbanística*: se os tribunais criminais aplicam esta modalidade, então a medida tem natureza penal.

Represente-se o seu silogismo:

- i) “Todas as consequências jurídicas aplicadas pelos tribunais criminais têm natureza penal”;
- ii) “A consequência jurídica x é/não é aplicada por um tribunal criminal”;
- iii) “Logo, a consequência jurídica x tem/não tem natureza penal”.

§ 323. Numa análise atinente à racionalidade deste critério, defende-se aqui a sua inadequação.

Procura-se através dele apurar a natureza não em função da consequência jurídica, mas em função do sujeito que a aplica. É, de novo, a utilização do objecto que está em causa. Sem embargo, desta vez, não é a sua finalidade (critério da finalidade), característica (critério da severidade), momento (critério da sequência) ou espaço da aplicação (critério da natureza do processo) que importa. É o sujeito que utiliza o objecto ou que aplica uma consequência jurídica o elemento determinante do apuramento da natureza da consequência jurídica. É novamente um elemento externo ao objecto o factor determinante no apuramento da natureza. Neste sentido, o critério do órgão decisório não é apto à prossecução do seu fim.

§ 324. O elevado risco que esta inadequação acarreta concretizou-se na edificação de uma premissa falsa, que motiva o afastamento deste critério.

Como salientaram os juízes Juízes Spano e Lemmens em *G.I.E.M.*, o instituto da reparação de perdas e danos pode ser aplicado por um tribunal criminal e não tem natureza penal⁴⁶⁵. De acordo com o princípio da adesão, um tribunal criminal decide um pedido de indemnização que tem natureza civil. Logo, nem todas as medidas aplicadas por um tribunal criminal têm natureza criminal. Em Portugal, art. 129.º do CP é o motivo que torna falsa a premissa maior do critério do órgão decisório.

§ 325. Este critério elege uma característica da reacção criminal que não é essencial e necessária (única ou exclusiva) deste ramo, aparecendo assim a forçosa conclusão de que ele não é um critério *universal*, como a inadequada racionalidade já deixava antever.

Independentemente do motivo que esteja na base da sua não aplicação reiterada no na técnica *Engel*, o seu aparecimento no *caso G.I.E.M.* é de lamentar.

É notório como, ao mesmo tempo, o Tribunal parece utilizá-lo como um critério meramente confirmatório de uma ideia já cristalizada no segundo critério *Engel*. Não obstante esta sua irrelevância no sentido de uma decisão, a errática argumentação que brota da utilização do critério do órgão decisório não deve constar numa decisão judicial.

4. Conclusões. A criação do método do método (a terceira camada)

§ 326. As duas primeiras conclusões são as de que existem critérios de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica e a de que o TEDH utiliza os critérios por si criados.

A denominação “critérios *Engel*” deriva do caso onde nasceram, que é uma facticidade que indica que foi uma necessidade concreta do caso que fundamentou a criação dos critérios. Como resultou crasso, da jurisprudência do Tribunal não se fica a conhecer o porquê de serem estes os critérios e não outros. Compreende-se o porquê da criação de critérios, mas não o porquê da criação destes específicos critérios. A pergunta “Porquê os critérios *Engel* e não outros?” fica órfã de uma resposta do Tribunal.

Inicialmente, a convicção surgida era a de que foram estes os critérios porque no caso *Engel* estavam em causa normas de direito disciplinar e estes critérios permitiam

⁴⁶⁵ *Vd.* § 204 desta monografia.

proceder a essa pretendida distinção. Foi por este motivo que se afirmou que o direito disciplinar foi a fonte de inspiração dos critérios *Engel*. Simultaneamente, parece ter sido o mero acaso a razão que fez com que o direito disciplinar fosse essa fonte e não outro ramo do direito. Nalgum dia, a *inevitável* questão da natureza penal de consequências jurídicas iria surgir e ser efectivamente tratada pelo Tribunal, e aconteceu ter sido no *caso Engel*, onde estavam em jogo aquele tipo de normas. Se eles tivessem aparecido pela primeira vez num caso de confisco, talvez o subcritério “carácter geral” não figurasse inicialmente neste conjunto e, provavelmente, não se falaria de “critérios”, mas sim de “critério”, porque, nos casos de confisco, é o (sub)critério “função” o decisivo no apuramento da natureza penal de uma consequência jurídica. Em princípio, nunca deixaria o subcritério “carácter geral” de vir a figurar nesta categoria, na medida em que, mais cedo ou mais tarde, seria necessário distinguir as consequências jurídicas do direito penal das consequências jurídicas do direito disciplinar.

O que aqui se verifica é a circunstância de o método de criação, escolha e aplicação de critérios ter nascido em função de uma concreta necessidade de distinção. Foi por causa desta necessidade, *rectius* da indefinição em torno da natureza penal da consequência jurídica analisada, que se retiraram padrões de actuação do TEDH. No direito disciplinar preside o subcritério “carácter geral”; no direito contraordenacional, porque as dúvidas parecem ser maiores, presidem os três critérios *Engel*, e, em matéria de confisco, o (sub)critério “função”. A experiência revela ainda que, sempre que a consequência for considerada penal, pelo menos, o segundo e o terceiro critérios *Engel*, em princípio, serão aplicados e preenchidos.

É evidente a *escolha* dos critérios em função da concreta consequência jurídica em análise. Esta convicção expressa a verdadeira função dos critérios *Engel*: *confirmar* a natureza penal de uma consequência jurídica. A natureza (não) penal da consequência jurídica é identificada pelo TEDH num momento que antecede a aplicação dos critérios *Engel*. Neste sentido, os critérios *Engel* não são verdadeiros critérios de identificação, apuramento ou descoberta da natureza (não) penal de uma consequência jurídica. São, sim, argumentos confirmativos de uma já identificada natureza. Portanto, o que se realiza nesta jurisprudência é uma trajectória descendente do raciocínio respeitante à criação da resposta respeitante à natureza jurídica da infracção ou consequência jurídica: da conclusão final (primeira camada), desce-se para os seus motivos (segunda camada). Ou seja, começa-se pela cristalização do sentido da decisão (penal/não penal) e, depois, em função desta, moldam-se os motivos, de forma a sustentá-la de modo coerente e a cumprir com as obrigações relativas ao dever de fundamentação das decisões judiciais. Esta técnica, que, em jeito de analogia, começa a

construção de uma casa pelo telhado, é de afastar. Neste sentido, de um raciocínio de natureza dedutiva, a resposta do Tribunal apenas parece ter a forma.

§ 327. Todo este problema parece nascer de uma particular razão: até ao momento o TEDH ainda não descobriu qual a característica que, sendo comum a todas as reacções criminais (comparação interna), lhes é essencial e necessária (única ou exclusiva) (comparação externa). Aquela que define a natureza da lei penal. Aquela que faz com que essas reacções pertençam ao direito penal e não a outro qualquer ramo do direito.

Como se tem procurado demonstrar, as características das reacções criminais que o TEDH elegeu como essência dos seus critérios são, comprovadamente, características que ou não são comuns a todas as reacções criminais, ou não são essenciais e necessárias (únicas ou exclusivas) dessas reacções. Quer isto significar que não é por causa dessas características que as consequências do direito penal pertencem a este ramo do direito. Elas não têm esta natureza porque se aplicam sobre todos (subcritério “carácter geral”). Não pertencem ao direito penal porque, através delas, se pune severamente (subcritério da função e terceiro critério *Engel*, “severidade”) ou porque através da sua aplicação se pretende prevenir o crime (subcritério da finalidade). Estas características ou não fazem parte de todas as reacções do direito penal ou, para além disto, podem também fazer parte de outros ramos do direito.

Nenhuma característica deve formar a natureza penal de uma consequência jurídica a não ser quando ela seja *essencial e necessária (única ou exclusiva)* de *todas* as consequências jurídico-penais, tal e qual como se andou no Capítulo II da presente investigação.

§ 328. Para apurar a natureza de um objecto, deve eleger-se algo que faça com que ele seja aquele objecto e não outro, independentemente do momento ou espaço em que ele exista, e sem o qual ele não seria aquilo que ele é, ou seja, sem o qual ele não teria a natureza que tem.

Recorrendo ao exemplo das aves de Frederick Schauer⁴⁶⁶, dizer - por mera hipótese aqui necessariamente pouco reflectida - que ter penas e vértebras faz parte da natureza das aves é declarar que nada pode ser uma ave, ou ter a natureza de ave, a não ser que possua aquelas duas características, i.e., as características essenciais e necessárias (únicas ou exclusivas) das aves. Por sua vez, a característica “voar” já não é uma característica essencial

⁴⁶⁶ FREDERICK SCHAUER, “Necessity, Importance and the Nature of Law”, in *Neutrality and Theory of Law*, J. Ferrer Beltrán, J. J. Moreso e D. M. Papayannis (eds.), Springer, Dordrecht, 2013, p. 21.

das aves. Apesar de maior parte dos animais vertebrados e com penas voar, há alguns que não voam, como sejam o pinguim e a avestruz.

Ressalta aqui a ideia segundo a qual a característica do critério para apurar a natureza penal de uma consequência jurídica tem de ser *comum a todas* as reacções criminais, como se andou aquando do tratamento do (sub)critério “culpa” (*comparação interna*)

Para além disto, a característica “voar” não é *necessária* porque não é *única* ou *exclusiva* das aves, já que os morcegos voam e não são aves, mas sim mamíferos. Neste sentido, a capacidade de voar não é parte do conceito “ave”, porque não lhes incute essa natureza (*comparação externa*).

§ 329. O que faz com que uma consequência seja criminal é uma característica essencial e necessária, o que equivale por dizer, é a sua *natureza* penal. Verifica-se assim uma umbilical associação entre o conceito “natureza” da reacção criminal e “característica essencial e necessária” da reacção criminal.

Se assim não for, criar-se-ão critérios que, por dizerem respeito a características não essenciais e não necessárias, não servem para identificar a natureza, mas sim, para saber se a consequência tem essa própria característica não essencial e não necessária, que não faz parte da natureza dessa consequência. Assim, um critério não identificaria a natureza da consequência jurídica, apuraria, sim, uma sua característica que não faz parte da sua natureza. Como acontece em relação aos critérios *Engel*.

§ 330. Voltando ao exemplo, e continuando o raciocínio analógico, dir-se-á que os critérios *Engel* são errados tal como é errada a resposta que segue no sentido de que voar faz parte da natureza das aves.

O TEDH, não tendo ainda descoberto a característica essencial e necessária da consequência jurídico-criminal, tem decidido a aplicação do direito penal em função de características não essenciais e não necessárias. O que equivale por dizer que o TEDH tem andado a distinguir as consequências jurídicas do direito penal das restantes consequências não-penais sem compreender o que verdadeiramente distingue as reacções criminais de todas as outras reacções de um ordenamento jurídico. Naturalmente, se não se conhece o porquê da natureza das reacções criminais, não se deve logicamente comparar essa desconhecida (mas existente) natureza com a de uma outra reacção.⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ Numa construção idêntica, *vd.* H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 15, “for plainly a definition which tells us that something is a member of a family can not help us if we have only vague or confused idea as to the character of the family.”

O problema da jurisprudência do TEDH reside precisamente aqui: o Tribunal, não sabendo qual o critério universal, por força das suas funções, tem forçosamente de se pronunciar sobre a (não) natureza penal de uma consequência jurídica. É, então, compreensível que, perante um caso concreto, o TEDH tenda a avançar com argumentos assentes em várias características não essenciais e não necessárias que acabem por sustentar uma distinção entre as reacções criminais e a consequência em crise (mas não uma distinção em função da *natureza*).

§ 331. Em simultâneo daqui brota um aspecto fulcral no *método de criação de um critério*: para comparar a natureza das consequências criminais com a natureza de outras consequências jurídicas, há que saber, primeiramente, o que é a natureza penal de uma consequência.

É esta uma etapa do método de criação de um critério. O critério tem de ser formado após a determinação da sua essência, que comandará o resto da sua edificação.

§ 332. A função de um critério é identificar a natureza penal de uma consequência jurídica. A essência ou fundamento de um critério deve corresponder à característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as reacções criminais. O fundamento ou essência do critério é, assim, a natureza penal das reacções criminais.

§ 333. Ao longo deste estudo, à medida em que se foi analisando criticamente os vários critérios *Engel*, defenderam-se algumas características que um critério deveria ter, por derivarem precisamente deste entendimento relativo ao fundamento do critério.

O facto de ele dever dizer respeito a uma característica essencial e necessária de todas as reacções criminais levou a considerar que o critério deveria ser *universal*. No fundo, dizer que um critério é universal é afirmar que ele tem a natureza penal como seu fundamento. É esta específica característica, a natureza penal, que distingue as reacções criminais de todas as outras. Neste sentido, o carácter universal de um critério espelha ou comprova a circunstância de que já se deve saber o que é ter natureza penal.

Assim, os testes relativos à universalidade de um critério revelam o mérito da apreensão daquilo que é verdadeiramente a natureza penal, ou seja, a característica essencial e necessária das reacções criminais. Esta característica da universalidade é aquela que mostra que um critério está pronto a ser utilizado, porque é susceptível de distinguir uma reacção

criminal de todas as outras consequências jurídicas com outra natureza jurídica. A universalidade de um critério representa a validade do fundamento desse critério.

§ 334. Esta argumentação parece distanciar esta característica das restantes características de um critério, *sc. geral, seguro, de racionalidade adequada*.

Num olhar atento, verifica-se que o carácter *geral* de um critério é pensado por causa da eficácia da sua aplicação e não por causa do fundamento do próprio critério. Se a sua aplicação tem por finalidade identificar a natureza penal de uma consequência jurídica, quanto maior for o universo de sujeitos que o possa aplicar, melhor. A criação de um critério deve ter em conta a sua utilidade e, se assim é, um critério *geral* deverá expressar a noção de que ele é mais útil do que seria se não fosse assim. Esta é uma característica do próprio critério já edificado, sendo pensada por causa da eficácia da sua aplicação. É, por isso, uma característica que parece estar desligada do mérito da determinação do fundamento do critério, ao contrário do que acontece com o critério da *universalidade*.

Ao mesmo tempo, existe uma estreita ligação entre estas duas características. Se se parte do pressuposto de que tudo tem uma natureza e de que todos a podem apreender, um critério que seja universal será também um critério geral. A falta deste carácter geral será, neste sentido, um indício de que o critério não será universal, de que o subcritério “finalidade” é exemplo.

§ 335. A característica relativa à *segurança*, i.e., ao grau de subjectividade de um critério, também se distancia da característica da universalidade. São, de novo, aqui objectivos de eficácia da aplicação de um critério que determinam a característica do critério.

Num processo de criação de um critério, esta é uma característica que é cristalizada num momento posterior ao da determinação do fundamento do critério, ou essência, ou característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as reacções criminais. Depois de o requisito da universalidade estar preenchido, e tendo em vista que a finalidade da aplicação é o apuramento da natureza, há que dar corpo ao critério em função da eficácia na prossecução da sua finalidade.

É esta a fase da *execução* (da ideia) do critério, correspondendo, por sua vez, a natureza penal, enquanto fundamento do critério, à fase do projecto ou ideia do critério, ou seja, à fase da *idealização* do critério. Após se conhecer a ideia do critério, resta edificá-lo de modo a que ele concretize esse projecto. Para cumprir a sua função, que aqui corresponde ao seu fim

“completo”, ele deverá ser *seguro*, sob pena de o projecto não conhecer a luz do dia, pelo menos, tal como foi pensado.

A *denominação* é ainda outra fase da criação de um critério. Consistindo na atribuição de um nome à sua definição, ela revela-se imprescindível no plano, pelo menos, da comunicação, pelo que uma ausência desta fase de criação seria susceptível de complicar a sua utilização. Tanto se pode situar imediatamente após a fase da idealização do critério ou após a sua execução. Tendo em conta que se pretende aqui explicar o modo de execução do critério, é de todo conveniente para estes fins que a fase da denominação apareça aqui logo após a idealização do critério, circunstância que denuncia a sua importância ao nível comunicacional.

§ 336. Ao invés do que sucedeu na interligação entre o requisito “universal” e o requisito “geral”, aqui a universalidade não implica, então, necessariamente segurança. É possível a criação de um critério universal e não seguro. Espelha-se assim o distinto fundamento da característica da segurança em relação à universalidade, sendo, contudo, ambas igualmente importantes no processo de criação de um critério.

Assim sendo, ninguém deverá ficar relaxado após descobrir a característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as reacções criminais. O momento que se lhe segue poderá muito bem inutilizar o precedente, na medida em que a criação de um critério com um alto grau de subjectividade, por muito válida que tenha sido a escolha dessa ideia, poderá dificultar, e no máximo impossibilitar, a aplicação desse critério.

§ 337. Independentemente do mérito da jurisprudência do TEDH atinente à determinação da característica essencial e necessária (única ou exclusiva), verifica-se que o TEDH criou critérios e deu primazia à utilização de critérios com um alto grau de subjectividade, de que o segundo e terceiro critérios *Engel* são bom exemplo.

Mesmo que a função punitiva fosse a (ou uma) característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as reacções criminais, a ausência de linhas condutoras do critério, que desembocou na alta subjectividade do (sub)critério “função”, foi bem demonstrativa de como é muito difícil a obtenção de resultados satisfatórios e coerentes através da aplicação de um critério tão subjectivo.

Assim sendo, no processo de criação de um critério deve haver a preocupação de evitar o recurso a conceitos indeterminados. É certo que, no domínio jurídico, é muito difícil de cumprir com este desígnio. Reconhecendo-se este problema, se a característica essencial

e necessária (única ou exclusiva) de todas as reacções criminais disser respeito a conceitos indeterminados, os esforços deverão canalizar-se na tentativa de diminuição do grau de indeterminação desses conceitos a um ponto sustentável, por ex., através da criação de regras de concretização do próprio critério, materializadas, por ex., na criação de seus subcritérios, de regras de aplicação ou, por ex., de um método relativo à sua aplicação.

§ 338. A análise do segundo e do terceiro critério *Engel* mostrou-se muito importante, por constituir um elemento de referência daquele que não deve ser o processo de criação de um critério seguro.

Até então, da jurisprudência do TEDH ficam estas duas conclusões: *i)* o Tribunal ainda não descobriu qual a característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as reacções criminais, que deve ser a essência e fundamento do critério (critério universal); *ii)* os principais critérios da jurisprudência *Engel* não são seguros, porque assentes em conceitos bastante indeterminados, como sejam “punição” ou “severidade”.

Estas duas conclusões dão origem a regras relativas ao método de criação de um critério: em primeiro lugar, deve escolher-se a característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as reacções criminais, que será a essência ou fundamento do critério (*universal e geral*) – a *ideia*; num segundo momento, deve executar-se a ideia – a *acção* ou *edificação* – sob a forma de um critério *seguro*, que se manifestará na sua aptidão de atingir a finalidade da sua aplicação. Da ideia parte-se para a acção, representando-se assim a sequência lógica que deve presidir à criação de um critério ou, até, de qualquer outra coisa. É na *acção* ou, mais concretamente, na criação dos efectivos contornos do critério que ele passa a existir.

§ 339. As características do critério representam, portanto, o seu método de criação: *universal e geral* – ideia sobre o fundamento que deve presidir o critério; e, por fim, *seguro* – (edificação d) o critério.

Porém, se já se cristalizou aqui aquilo que se deve fazer para se criar um critério *seguro e geral*, ainda não está aqui plasmado o *modo* como se deve alcançar a *ideia*.

Este momento ou etapa do método de criação de um critério, que antecede todos os outros, vem representado na *racionalidade adequada* de um critério.

A pergunta é: “De que modo se deve encontrar a característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as reacções criminais?”

É este o plano da formação da ideia que virá a ser a essência o critério.

§ 340. Na verdade, a adequação predica a racionalidade e não directamente o critério. Pelo que, neste sentido, com rigor não se deve falar em “critério adequado”, mas sim em critério com uma “racionalidade adequada”. Um critério adequado será, neste sentido, aquele que cumpra validamente a sua função (adequado ao fim e/ou à função). Assim, um critério universal, seguro e geral é um critério adequado. Todavia, a adequação de que se tem vindo a tratar é a da racionalidade na obtenção da ideia do critério, pelo que, no seguimento, e ainda que de modo indirecto, deve ser considerada uma característica do critério.

§ 341. A universalidade, embora não dependa necessariamente de uma racionalidade adequada, é mais facilmente cumprida se esta se verificar. O que esta última faz é potenciar a descoberta da ideia que será o fundamento da criação do critério. É um momento prévio ao da ideia. É, assim e em suma, esta a característica do critério que representa o primeiro momento ou etapa do processo da sua criação.

Com todos estes elementos, pode-se já enumerar as características de um critério em função da evolução do seu método de criação: critério de *racionalidade adequada* (primeira etapa); *universal* e *geral* (segunda etapa); e *seguro* (terceira etapa). As duas primeiras etapas formam o *plano da idealização* do critério e a terceira o plano da *edificação* ou *corporização*.

§ 342. O TEDH não só não pareceu cumprir de modo válido as duas últimas etapas, como parece ter fracassado também em relação à primeira.

Como se procurou evidenciar, pode ter sido precisamente a racionalidade inadequada no processo de formação dos critérios pelo TEDH a razão pela qual a segunda etapa não foi bem sucedida. Se não se conhece um método adequado para descobrir a natureza de um objecto, mais dificilmente será ela descoberta.

§ 343. A constatação de que o TEDH recorreu a uma racionalidade inadequada na criação da essência dos critérios *Engel* leva a crer que o TEDH continuará distante de uma característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as reacções penais, e, por conseguinte, da criação de um critério universal.

Conheceram-se racionalidades vincadamente distintas entre os vários critérios *Engel*, uma circunstância que faz crer que esta etapa do método de criação (idealização) foi desconsiderada ou, pelo menos, não foi cuidadosamente pensada.

Não existe uma racionalidade constante por detrás do conjunto *Engel*. Ora se pretende apurar a natureza penal de uma consequência jurídica através da sua função, ora da

finalidade da sua aplicação, ora de uma característica da aplicação, ou ainda de um seu momento, ou espaço onde ela esteja inserida, ou mesmo ainda, do sujeito que a aplica. Ora se busca pela natureza penal, por sua vez, e como se defende aqui, num trajecto totalmente distinto, como sucede precisamente no critério “culpa”, em função da própria consequência jurídica e já não de uma característica ou finalidade da aplicação.

§ 344. A racionalidade que deve presidir à descoberta da característica essencial e necessária (única ou exclusiva) deve ter o objecto de análise como referente, e não a sua aplicação ou utilização. Mais concretamente, deve aquela característica ser extraída de uma relação *substancial* que se estabeleça entre os elementos que compõem uma norma sancionatória (infracção e consequência jurídica).

O que acaba de se constatar é a possibilidade de representar as várias fases ou etapas do método de criação de um critério através de uma específica enumeração das características que um critério deve possuir.

Quais as características que um critério de apuramento da natureza penal de uma consequência jurídica deve ter? Partindo de uma *i) racionalidade adequada*, um critério deve ser *ii) universal*, *iii) geral* e *iv) seguro*.

Qual deve ser o processo de criação desse critério? 1.^a fase – idealização (*Racionalidade adequada, universal e geral*), 2.^a fase – execução ou corporização (*seguro*).

Estão aqui expressadas duas declarações de sentido normativo que indicam como deve ser um critério e qual deve ser o seu método de criação.

Em simultâneo, é já possível cristalizar aqui o *modo* de atingir tais desígnios, i.e., o modo de idealizar e o modo de corporizar o critério: *racionalidade adequada* – olhar para as relações estabelecidas entre os elementos normativos das normas sancionatórias (infracção jurídica e consequência jurídica); *universal* – destas, obter a característica *essencial e necessária* (*única* ou *exclusiva*) de *todas* as consequências jurídico-penais e distinta de *todas* as restantes consequências de outros ramos do direito; *geral* – extrair a característica de um truísmo, assim permitindo a aplicação do critério *por todos*; e, *seguro* – com uma subjectividade *sustentável* que permita identificar a natureza penal da consequência.

§ 345. Embora não se disponha ainda de um critério válido, já se possui um conjunto de regras que susceptíveis de proporcionar um método de criação de um critério para o nosso ordenamento.

Estas regras formam a teoria relativa ao *método de criação de um critério*.

§ 346. No momento em que se apreciou criticamente a construção do (sub)critério “função” em contraposição com o critério da relevância ético-social do facto ou da conduta, foram edificadas também regras relativas ao próprio *método de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica*.

Dos problemas inerentes ao critério da relevância ético-social da conduta, brotou o *efeito bumerangue*. Segue-se aqui a ideia de que, para apurar a natureza penal de uma consequência jurídica, não basta olhar para a infracção. A regra formulada é a de que é não só é necessário contemplar a consequência jurídica, como, neste processo de identificação, deve ser ela o principal elemento da norma que deve ser tido em conta.

Num primeiro momento, deve-se olhar para a consequência jurídica de modo a apurar a natureza da infracção. Representa-se aqui a *primeira trajectória* do processo de identificação da natureza: consequência jurídica \Rightarrow (natureza da) infracção. Este caminho, no final, permite elencar lado a lado a natureza da infracção e a consequência jurídica. Esta última com a natureza ainda por apurar. A etapa final dá-se através da *segunda trajectória* do processo de apuramento: natureza da infracção \Rightarrow (natureza da) consequência jurídica. O conjunto das duas trajectórias evidencia como a consequência jurídica é o ponto de partida do processo de identificação da natureza e também o ponto de chegada.

§ 347. Este *efeito* não resume, porém, as regras relativas a este método de identificação.

Quando se analisou o critério “culpa”, umas das conclusões formadas foi a de que a presença do requisito “culpa” como factor de determinação da medida da consequência jurídica expressava uma relação substancial estabelecida entre a infracção criminal e a consequência jurídica. Esta circunstância denuncia a intenção do legislador no momento de criação da norma, que determina e molda, em abstracto, a consequência *por causa* da infracção criminal. É precisamente isso que se pretende apurar através da segunda trajectória deste processo. Quer isto significar que não só se conhece já o *sentido* do caminho a seguir, como também o *modo* como ele deve ser percorrido. No seguimento, deve-se atentar aos reflexos da infracção na (sua) consequência, porque a presença de elementos da infracção na consequência jurídica será sinal de que esta é (aplicada) como é (também) por causa da infracção.

Assim, na segunda trajectória, para se descobrir a natureza penal da consequência jurídica deve-se olhar especialmente para os pressupostos de aplicação da consequência e

para os factores que, conformando a consequência jurídica, contribuem para a determinação (da medida e/ou proporcionalidade) desta, porque se apresentam como um ponto de encontro onde se pode assistir a uma manifestação da infracção criminal na consequência jurídica, ou seja, onde se pode verificar uma relação substancial estabelecida entre ambas.

A análise dos pressupostos de aplicação da consequência jurídica e daqueles factores é, por isso, a última etapa do método de criação de um critério e, por conseguinte, do método de identificação da natureza penal da consequência jurídica. É este o momento em que, através da aplicação do critério sobre esses pressupostos e factores, se verifica se a característica essencial e necessária (única ou exclusiva), que é essência do critério, está contida na consequência jurídica sob análise. É aqui que se dá o (não) preenchimento do critério.

§ 348. Estas conclusões formadas em relação ao método de apuramento revelaram-se importantes na formação de uma conclusão relativa ao método de criação de um critério, nos termos da qual, à primeira vista, a característica essencial e necessária (única ou exclusiva) da consequência jurídica parece dever ser procurada nesses dois planos.

Porém, na verdade, o plano deverá ser só um: o dos factores de determinação da medida e/ou proporcionalidade da consequência jurídica e não dos pressupostos de aplicação.

Se se reparar bem, os pressupostos de aplicação de uma consequência dizem respeito à aplicação e não concretamente à consequência. Estes pressupostos situam-se no plano da consequência jurídica de carácter formal (e não substancial). Eles determinam o *se* de uma consequência jurídica, mas não a sua natureza. Quando os pressupostos de aplicação se preenchem, o que daqui resulta é a possibilidade de ela vir a ser aplicada. Está-se no plano da acção, que consiste numa aplicação de uma consequência. Para identificar a natureza de um objecto, deve ser ele o único referente, pelo menos num primeiro momento. Ver os pressupostos da sua aplicação é fazer precisamente o contrário, porque se estará a analisar as condições da sua aplicação e não a própria consequência jurídica, quando é esta que tem a natureza por descobrir. Esta racionalidade desadequada reduz, então, o âmbito de identificação da característica essencial e necessária (única ou exclusiva) da consequência jurídica ao plano dos factores de determinação ou conformação da consequência. Aqui os protagonistas são os factores relativos à consequência e não à aplicação, cumprindo-se assim a racionalidade adequada que se tem vindo a defender. A consequência é como é por causa

dos seus componentes. São eles que lhe dão forma e conteúdo e, por conseguinte, a natureza jurídica. É aqui que deve ser procurada a essência do critério de identidade.

§ 349. Passe-se à síntese relativa ao *método de criação do método de identificação*.

Primeiramente, deve dar-se cumprimento aos imperativos advenientes das ideias relativas à *racionalidade adequada do método de criação de um critério*. Nos seus termos, a característica *essencial e necessária (única ou exclusiva)* das consequências jurídicas criminais deve ser retirada de uma relação *substancial* estabelecida entre a infracção criminal e a consequência jurídica, mais concretamente do plano dos factores que determinam a forma da própria consequência jurídica a aplicar.

Num segundo momento, há que buscar por manifestações da infracção criminal nesses factores e verificar se pelo menos uma é *única e exclusiva* de *todas* as consequências jurídico-criminais. Assim sendo, através da obtenção da essência do critério, dar-se-á por cumprida a primeira etapa da criação do critério (*idealização*), que conformará a ideia relativa à premissa maior do silogismo que presidirá à aplicação critério. Se bem sucedida esta fase, dela resultará um critério *universal e geral*.

A fase seguinte do *método de criação do critério* é a da sua *execução*, que consistirá na concretização e edificação dos termos da premissa maior do silogismo de forma a que ele se apresente *seguro*, ou seja, com uma subjectividade sustentável que permita identificar a natureza jurídico-penal da consequência.

No que respeita ao *método de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica*, deve ele operar de acordo com o *efeito bumerangue*: consequência jurídica \Rightarrow (natureza da) infracção \Rightarrow (natureza da) consequência jurídica.

Uma das etapas finais do *método de identificação* é a obtenção da resposta à pergunta ínsita na premissa menor do silogismo que se pretende criar. Quer isto significar que esta etapa consistirá na aplicação do critério à consequência jurídica em análise, de forma a ver se os requisitos constantes na premissa maior estão preenchidos por essa consequência jurídica.

A conclusão final do método será dada automaticamente, de modo lógico-dedutivo, pelo resultado da aplicação da etapa anterior.

Estão aqui reunidas as conclusões relativas à *terceira camada* de uma resposta relativa à natureza penal de uma consequência jurídica. Por outras palavras, devem ser estes os *motivos dos motivos* de uma resposta.

página intencionalmente deixada em branco

Capítulo IV

Um método para a ordem jurídica portuguesa

1. O método de identificação da natureza penal de uma *infracção*

1.1. A necessidade da sua criação e a função do critério

§ 350. O presente capítulo parte da consideração de que todos os critérios até agora observados não cumprem com as características imprescindíveis que um critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica deve possuir. Se o objecto de análise foi a jurisprudência do TEDH, por esta ordem de razão, até ao momento, não possui este órgão um critério que seja válido. Esta constatação retira sentido a uma tentativa de importação de um critério do Tribunal para o direito português. Sendo assim, urge a necessidade de criar um método para a ordem jurídica portuguesa.

Neste Capítulo IV, dar-se-á, então, uma mudança do objecto de investigação. Não será mais a jurisprudência do TEDH o centro das atenções. Será, sim, o direito português, com maior incidência, naturalmente, sobre o direito penal português. O motivo é simples e diz respeito precisamente ao desígnio primordial desta investigação que é a criação de um método de identificação da natureza penal de consequências jurídicas para a nossa ordem jurídica.

Em simultâneo, os elementos respeitantes à teoria relativa à criação e aplicação de um método até então aqui edificada, por não dizerem respeito a um concreto ordenamento jurídico, poderá auxiliar o TEDH, bem como qualquer outro Estado, no momento de edificação e aplicação de um método.

Para além disso, o método que se pretende elaborar neste Capítulo IV, não obstante ser criado em função do direito penal português, poderá ser aproveitado pelo próprio TEDH se, de acordo com as premissas legais de que partir este Tribunal, o critério se revelar universal, geral e seguro. Ou seja, tal como aqui se andou em busca de um critério válido na jurisprudência deste Tribunal, também este poderá (e até deverá) levar a cabo uma tarefa idêntica e procurar por um método edificado por um terceiro. Contudo, será de afastar uma importação acrítica de um método de um terceiro que, no seu sistema jurídico, se apresente

universal. Isto porque um critério pode passar o teste da universalidade quando relacionado com a ordem jurídica portuguesa e já não passar quando em causa esteja outro ordenamento, sistematizado de outro modo. Sendo a validade do critério dependente, principalmente, do seu carácter universal, a sua utilização noutra ordenamento jurídico – que não aquele que esteve na base da criação do critério - não deverá ser feita sem antes se desencadear, então, o teste da universalidade, sob pena de se poder estar a utilizar um critério que, relativamente a esse concreto ordenamento, não se mostra universal.

§ 351. Agora o objectivo principal é, então, o de criar um critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica que seja válido (universal, geral e seguro) no direito português, bem como o de criar o modo da sua aplicação. Por outras palavras, o que se quer é avançar com a resposta à pergunta de estudo.

O método seguido aqui coincidirá com o método erigido no Capítulo III, de acordo com as conclusões relativas à *terceira camada* da resposta onde se inserem os *critérios do(s) critérios* ou o *método do método*. Sai-se, assim, da terceira camada e passa-se para a *segunda camada* da resposta (*motivos da conclusão*), que, ao contrário da anterior, já apresentará um cariz jurídico.

§ 352. O *efeito bumerangue* representa a compreensão de que a consequência jurídica deve ser o ponto de partida e o ponto de chegada de um critério. O que daqui resulta é um imperativo de ordem metodológica, nos termos do qual, num primeiro momento, deve ser abordada a natureza da infracção criminal, na medida em que ela é uma *conditio sine qua non* do apuramento da natureza penal da consequência.

A conclusão que daqui se obtém é a de que a criação de um método de identificação da natureza da consequência jurídica implica a criação de um critério relativo à natureza da infracção, já que aquele depende deste último.

§ 353. Neste sentido, o critério relativo à infracção será um critério instrumental do critério de apuramento da natureza penal de uma consequência jurídica, já que a identificação da natureza penal da infracção não é aqui um fim em si mesmo, mas sim um meio para atingir um fim, que é o da identificação da natureza penal da consequência. Esta ordem de razão permite ainda constatar que o critério relativo à infracção será um *pressuposto de aplicação* do critério referente à consequência: para se aplicar este último, é necessário que o primeiro esteja preenchido.

Por isto, e em rigor, não se deve afirmar que o critério relativo à infracção desempenhe o papel de subcritério do critério relativo à consequência jurídica.

Recordando o modo operante dos subcritérios *Engel*, vê-se que a sua tarefa no, por ex., segundo critério *Engel* (natureza da infracção) era distinto. O preenchimento do segundo critério dava-se automaticamente se os seus subcritérios se preenchessem cumulativamente, não implicando aquele, por conseguinte, um raciocínio autónomo. Este sentido impede logicamente uma construção de um critério com apenas um subcritério, já que, no fundo eles seriam um só.

Não é isto que sucede no que tange à relação entre os critérios relativos à infracção e à consequência. O preenchimento daquele primeiro não implica necessariamente o preenchimento deste último, caso contrário, desnecessário seria que este conhecesse a luz do dia. No seguimento, para apurar a natureza penal de uma consequência jurídica bastaria identificar a natureza penal da infracção, quando já se compreendeu que não deve ser assim.

Assim sendo, a função do critério relativo à infracção será a de pressuposto de aplicação do critério relativo à consequência jurídica. Este pensamento acaba por coincidir com um outro já deixado em relação ao primeiro critério *Engel* (a classificação nacional), quando se propugnou que ele não deveria ser visto como um autónomo critério *Engel*, mas sim como um critério de aplicação dos critérios *Engel*.

Esta conclusão leva ainda a uma outra, qual seja a de que, de ora em diante, se as premissas de que parte não se alterarem, não se lidará com problemas relativos ao carácter alternativo ou cumulativo de critérios, como sucede em relação aos critérios *Engel*.

§ 354. Em suma, e voltando às razões de ordem metodológica, para atingir as finalidades elencadas, tudo o que se retirou implicará a edificação de dois critérios, sendo que o critério relativo à infracção, por desempenhar a função de pressuposto do critério da consequência, deve ser o primeiro a ser criado.

Dada a ligação existente entre estes dois critérios, a criação do critério relativo à consequência só conhecerá a luz do dia se se tiver conseguido edificar um critério válido para identificar a natureza penal de uma infracção. Assim, a possibilidade daquela criação é ainda incerta, porque totalmente dependente dos resultados (ainda desconhecidos) atingidos após a tentativa de invenção do critério relativo à natureza penal da infracção.

Nestes termos, neste capítulo, o primeiro objectivo será o de responder à seguinte questão: “Como identificar a natureza penal de uma infracção no ordenamento jurídico português?”.

No caso de esta tarefa ser bem sucedida, o desígnio seguinte corresponderá ao objectivo final deste Capítulo IV, que será responder à pergunta de estudo.

1.2. A *racionalidade adequada*

§ 355. É esta a primeira fase da idealização do critério relativo à infracção.

A questão é: “De que modo se deve determinar a característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as infracções criminais pertencentes ao ordenamento jurídico português?”.

Neste momento, é já possível adiantar uma resposta.

Os três critérios *Engel*, o critério da sequência, o da natureza do processo e o do órgão decisório servem de delimitação negativa desta resposta. A característica essencial e necessária não será obtida através da função da infracção criminal no ordenamento jurídico português, da sua finalidade, do momento do seu aparecimento, do espaço em que opera e, por fim, do sujeito que aplica a norma.

A delimitação positiva da resposta brota da regra atinente à *racionalidade adequada* que faz parte desta teoria relativa à criação de um critério: a característica essencial e necessária deve ser obtida através da examinação directa do objecto cuja natureza se pretende apreender. Mais concretamente nos elementos intrínsecos da norma, nas relações verificadas dos seus elementos e estabelecidas entre eles. Adequando a este caso concreto, a característica essencial e necessária das infracções criminais deve ser retirada de uma relação estabelecida entre ela e a(s) sua(s) consequência(s), que conforma(m) a infracção, assim fazendo parte da sua natureza.

§ 356. Da análise crítica à racionalidade ínsita no segundo critério *Engel*, erigiu-se a regra segundo a qual, para identificar a natureza de uma infracção é imperativo olhar para a sua consequência jurídica. Em simultâneo, serviu este pensamento para afastar a adopção do critério da relevância ético-social dos factos ou da conduta, nos termos do qual a natureza da infracção é apurada tendo em conta, não a consequência jurídica, mas apenas a infracção. Até ao momento, foi este o único e directo critério relativo à natureza penal da infracção com que se lidou. Tendo em conta a sua racionalidade inadequada, não é ele solução para a desejada resposta. Há, por isso, a necessidade de analisar as consequências jurídico-criminais portuguesas para descobrir a natureza (penal) de uma infracção (delimitação positiva).

Em suma, a resposta, seguindo os imperativos da racionalidade adequada defendida, assentará no estudo dos componentes da infracção criminal, dos quais fazem parte as consequências jurídicas do crime. Será este o modo como se desbravará o caminho correspondente à primeira etapa do *efeito bumerangue*: consequência jurídica \Rightarrow infracção jurídica.

§ 357. Todavia, não termina ainda aqui a delimitação deste âmbito.

É, de novo, através das críticas feitas ao critério da relevância ético-social dos factos ou da conduta que se continuará a levar a cabo a delimitação deste âmbito de operações.

Voltando a esse momento, defendeu-se que este critério da relevância ético-social dos factos parece assentar na diferença qualitativa existente entre o crime e as contra-ordenações, mais concretamente na autonomia material do direito penal em relação ao contraordenacional aferida através do critério qualitativo da relevância ético-social da conduta, que se diz marcar a delimitação entre o facto penal e o facto contraordenacional. Identificou-se este entendimento com aquele pertencente ao processo legiferante, ou seja, ao plano da criação da infracção criminal, ao plano do dever ser, e concluiu-se que este critério se fundava no conceito material de crime, por contraposição ao conceito formal do crime, que trata do direito que efectivamente, bem ou mal, (já) é. Por consequência, estando em causa o apuramento da natureza da infracção criminal que existe e na forma em que existe, quer se queira quer não, o único conceito de crime com que se trabalhará aqui é o conceito formal de crime, distanciando-nos assim do pensamento jurídico que, de acordo com Castanheira Neves, “*deve servir a ideia de direito*”, cujo valor último é a justiça, e aproximando-nos daquele que, nas suas palavras, serve a *ideia de ciência*, cujo valor é a verdade.⁴⁶⁸

É este um plano que, a jusante do da criação da norma penal, prossegue um “objectivo de organização do objecto” (que já existe), que, nas palavras de David Duarte, “*é a condição de cientificidade que se reporta à característica correlativa ao pensamento científico de conferir ordem ao objecto em causa, e que passa pela configuração dos respectivos dados em categorias ou espécies racionalmente estabelecidas, por forma a que sejam arrumados, assim, de acordo com critérios capazes de estabelecer semelhanças e diferenças. A organização do objecto remete, então, para a tarefa de sistematização, actividade que se materializa na elaboração de uma nova configuração do objecto através de uma reordenação racional dos seus dados. A fronteira de cientificidade que a condição descrita realiza está, por conseguinte, no processo de racionalização organizativa do objecto em causa, separando o conhecimento meramente reprodutivo, que*

⁴⁶⁸ CASTANHEIRA NEVES, “A unidade do sistema jurídico...”, in *ob. cit.*, p. 85.

*repete a desordem, do conhecimento que é sistematizador e, portanto, capaz de estabelecer uma ordenação susceptível de permitir um acesso qualitativamente superior ao objecto. A determinação da simplicidade a partir da complexidade, a unidade a partir da diversidade, da ordem a partir da desordem e da regularidade a partir das anomalias é, em rigor, o que está em causa quando se fala de uma condição de cientificidade como esta.”*⁴⁶⁹

§ 358. Afastada a perspectiva que fazia coincidir o conceito material de crime com o conceito formal, segundo a qual é materialmente crime tudo aquilo que o legislador considerar como tal, o conceito material de crime ganhou autonomia, dada a sua essencialidade na tarefa de responder à questão da legitimação material do direito penal e ainda à questão da função e dos limites do direito penal.

Como escreve Figueiredo Dias, “*A pergunta por um conceito material de crime só tem sentido se um tal conceito se situar acima ou atrás – mas, em todo o caso, sempre fora – do direito penal legislado. O conceito material de crime é, neste sentido, previamente dado ao legislador e constitui-se em padrão crítico tanto do direito vigente, como do direito a constituir, indicando ao legislador aquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito penal. Com um tal conceito deve poder medir-se a correcção ou incorrecção político-criminal de cada uma das incriminações constituídas ou a constituir; alimentar a discussão científica sobre a criminalização e a descriminalização; e lograr a ligação (...) entre os três domínios da ciência penal global: o da política criminal, o da dogmática jurídico-penal e o da criminologia, bem como a colaboração frutuosa entre estes domínios e a “enciclopédia das ciências criminais” ou ciências auxiliares do direito penal.*”⁴⁷⁰. Ao que se acrescentará aqui que um tal conceito material não serve então também para identificar a natureza penal de uma infracção, porque se situa fora do plano do direito penal legislado.

Esta circunstância consubstancia uma delimitação negativa deste âmbito, na medida em que o conceito material de crime não deve ser objecto desta análise. Assim, a temática relativa ao conteúdo material do conceito de infracção criminal não fará parte deste processo de criação do critério de identificação da natureza penal de uma infracção (e da sua consequência jurídica). Por outras palavras, afasta-se aqui a pergunta: “O que *deve ser* crime?”.

Será, por isso, através do conceito formal de crime que se partirá para a descoberta da característica essencial e necessária (única ou exclusiva) das infracções criminais, que

⁴⁶⁹ DAVID DUARTE, *ob. cit.*, pp. 37 e 38.

⁴⁷⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal - Parte Geral, Tomo I - Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 3.^a ed., Gestlegal, Coimbra, 2019, p. 122.

formará a essência do critério de identificação da sua natureza penal. A pergunta a responder agora é: “O que é (formalmente) uma infracção criminal?”.

Em síntese, a racionalidade aqui prosseguida representará um método que, tendo por base o conceito formal de crime, partirá para a análise dos componentes que fazem parte desse conceito, mais concretamente, das relações substanciais estabelecidas entre a infracção e a consequência jurídica, ficando assim encerrada a primeira etapa da idealização do critério relativo à infracção.

1.3. O carácter *universal e geral*

§ 359. Inseridos agora na segunda etapa do processo de idealização do critério, analisar-se-ão finalmente as infracções criminais à luz do direito penal português legislado, na medida em que já se conhece o método como se deve procurar pela característica essencial e necessária (única ou exclusiva) da infracção criminal. A questão a dar agora resposta é: “Qual a característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as infracções criminais do ordenamento português?”.

Comece-se, então, por conhecer o conceito formal de crime, para, de seguida, levar a cabo um tratamento de cada um desses elementos.

§ 360. No seu sentido formal, o direito penal substantivo, um dos três sectores do direito penal em sentido amplo (direito penal substantivo, o direito processual penal, adjectivo ou formal, e o direito penal executivo), é o conjunto das normas jurídicas que visam “a definição dos pressupostos do crime e das suas concretas formas de aparecimento; e a determinação tanto em geral, como em espécie, das consequências ou efeitos que à verificação de tais pressupostos se ligam (pena e medidas de segurança), bem como das formas de conexão entre aqueles pressupostos e estas consequências.”⁴⁷¹

O crime é um comportamento humano previsto numa norma jurídica, ao qual estão associados específicos efeitos ou consequências jurídicas desse comportamento: pena ou medida de segurança.

Tendo em conta que não existe, na nossa ordem jurídica, nenhum crime ao qual não esteja associada uma pena, pode-se continuar o raciocínio desligados da medida de segurança, sintetizando do seguinte modo: os dois requisitos necessários para a verificação de uma infracção criminal são: *i) comportamento humano*; e *ii) pena*. O predito tem implicações no

⁴⁷¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal - Parte Geral, Tomo I*, p. 7.

método a criar, na medida em que, se basta a análise da pena, não existe necessidade de analisar a outra consequência jurídico-criminal, *sc.* as medidas de segurança.

Vem assim reforçado o entendimento segundo o qual para apurar a natureza penal de uma infracção é imperativo olhar para a pena, dado que, como acabou de se comprovar, é ela um requisito necessário deste conceito formal. Não existe crime sem uma acção humana e/ou sem uma pena. Enquanto fórmula, sendo a infracção criminal designada sob a variável c , a acção humana sob a , a conjunção cumulativa “e” sob o símbolo \wedge , e, por fim, a pena sob a variável p , então: $c \leftrightarrow a \wedge p$

§ 361. O primeiro requisito ou condição para a verificação de um crime é uma acção ou comportamento humano.

Na afirmação anterior está ancorado um princípio relativo à dogmática penal e de construção do conceito de crime, qual seja o de que todo o direito penal é direito penal do facto e não direito penal do agente, “*num duplo sentido: no de que toda a regulamentação jurídico-penal liga a punibilidade a tipos de factos singulares e à sua natureza, não a tipos de agentes e às características da sua personalidade; e também no de que as sanções aplicadas ao agente constituem consequências daqueles factos singulares e neles se fundamentam, não são formas de reacção contra uma certa personalidade ou tipo de personalidade*”. Assim, perguntar pelo conceito geral de crime é “*perguntar, do mesmo passo, pelo conceito de facto ou, se preferirmos, de facto punível ou de facto criminoso.*”⁴⁷²

Independentemente do procedimento metódico categorial classificatório que se siga⁴⁷³, certo é que qualquer concepção do crime parte do conceito geral de acção, havendo divergência apenas no que respeita à qualificação dessa acção. Este é o âmbito da doutrina geral do facto punível.

Não demora a constatação de que, para se atingirem as finalidades elencadas, é desnecessário penetrar nessa temática, pelo simples motivo de que o primeiro requisito da infracção criminal que se avançou é, sem mais, a acção humana ou comportamento humano. O requisito não é composto por uma qualificação específica da acção, que parece ser o que diferencia e compõe aquelas doutrinas. Deste modo, é suficiente que, numa norma jurídica, esteja prevista uma acção humana ou conduta para que este requisito se dê como preenchido. Uma norma que não contenha a previsão de uma acção proibida ou imposta não será uma norma sancionatória penal ($\neg c$), porque não estará em causa uma infracção criminal, pelo

⁴⁷² *Ibidem*, pp. 275 e 277.

⁴⁷³ Sobre a temática, *ibidem*.

não preenchimento (\neg) do requisito “acção humana” (a), assim se cumprindo os mandamentos do princípio do direito penal do facto: $\neg c \leftrightarrow \neg a \wedge p$

§ 362. Apreendida a ideia em torno do conteúdo do primeiro requisito da infracção criminal (acção ou *facto*) e do seu modo de preenchimento, interessa agora, no seguimento, contemplar cuidadosamente o objecto, determinando qual o espaço do *facto* no seio da norma penal, já que é nesta que ele se mostra.

No que respeita à estrutura normativa da norma jurídica, segue-se aqui a posição defendida por David Duarte, no sentido de que esta, ao ser revelada pela sua propriedade de hipoteticidade, é tripartida, sendo formada pelos seguintes elementos: “(i) *um elemento relativo ao campo de incidência do sentido de dever ser, que se designa como estatuição; (ii) um elemento que se reporta às condições desse sentido, a previsão, e (iii) um elemento relativo à modalidade de dever ser que a norma incorpora, o operador deontico. (...) A posição relativa dos elementos da norma dentro da sua organização não é, portanto, aleatória, tendo necessariamente de constituir o operador deontico, como o elo de condição, o ponto intermédio entre o antecedente e o consequente. A condicionalidade que está presente em se x , então z , ou, de forma mais elaborada, em se ocorrer x , há uma determinação no sentido de z , permite ver que a previsão se ocorrer x antecede o operador deontico há uma determinação, que, por sua vez, antecede a estatuição no sentido de z , onde se encontra o efeito da norma em causa.*”⁴⁷⁴

A previsão normativa, consubstanciando o lado factual da norma, diz respeito às condições ou pressupostos (positivos ou negativos) de verificação dos efeitos jurídicos (estatuição), só se verificando estes últimos se aquelas condições se verificarem na íntegra. Criada a premissa de que a norma penal tem por base um comportamento humano ou *facto*, o objecto da análise é a previsão normativa da norma sancionatória (de onde se extrai, então, a norma de conduta penal).

A função normativa da *previsão*, de acordo com o Autor, “*não é só, no entanto, estabelecer a antecedência condicional da produção e efeitos. Ao mesmo tempo, a previsão realiza também uma função de redução, que decorre da delimitação que neste elemento estrutural se realiza com a substituição de um universo potencialmente ilimitado de antecedências de um efeito (onde tudo o pode condicionar) por um leque restrito de condições (só isto é que condiciona), precisamente as que se encontram nela descritas.*”

Por sua vez, defende ainda o Autor que no *operador deontico* não se está perante factos, mas, sim, perante um específico modo de dever ser, sendo “*nestes termos, o elemento que expressa o sentido deontico da norma jurídica, podendo compreender, por conseguinte, qualquer um dos modos*

⁴⁷⁴ DAVID DUARTE, *ob. cit.*, p. 76.

logicamente admissíveis: (i) o modo deôntico de imposição, (ii) o modo deôntico de permissão e (iii) o modo deôntico de proibição”.

Por fim, o terceiro elemento da estrutura da norma jurídica é a *estatuição*, que é o “elemento estrutural em que se estabelece o que se deve verificar quando se preenchem os pressupostos da previsão normativa”.⁴⁷⁵

Existem já elementos suficientes para concluir que as normas jurídicas que serão objecto deste estudo são a norma sancionatória penal e a norma de conduta penal (que se extrai daquela primeira), porque é neste universo que se encontra a consequência jurídico-penal e a (norma de) conduta penal proibitiva ou impositiva. Dada a relação de consumpção existente entre ambas as normas, em que esta última é consumida por aquela primeira, os elementos da previsão normativa da norma sancionatória penal acabam - pela estrutura normativa adoptada pelo legislador português - por coincidir com os da estatuição da norma de conduta penal ou infracção penal.⁴⁷⁶

A coincidência supramencionada e os específicos objectivos desta investigação permitem-nos simplificar e afirmar - embora com pouco rigor, que mais não é do que um efeito desta simplificação - que o requisito “*facto*” (da norma de conduta penal) se encontra na previsão normativa da norma sancionatória penal. Na tarefa de identificação da natureza penal da infracção, para se verificar o preenchimento do requisito “*facto*” da infracção criminal o centro das atenções será, então, a previsão normativa da norma sancionatória penal.

Complementarmente, há ainda outro fenómeno que terá influência ao nível metodológico que presidirá à criação dos critérios de identificação da natureza penal relativos à infracção e à consequência. Se se declarou que todas as infracções criminais têm como consequência jurídica possível uma pena, então a norma penal tem um operador deôntico que se revela como uma variável constante. A norma de conduta penal ou é proibitiva ou impositiva, mas nunca permissiva, sob pena de perder sentido. Assim sendo, é desnecessário o tratamento do seu operador deôntico (tal como o da norma sancionatória dirigida ao juiz),

⁴⁷⁵ *Ibidem*, pp. 77 a 81.

⁴⁷⁶ A título exemplificativo, veja-se o art. 131.º do CP, nos termos do qual “Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos.” Estamos perante uma norma sancionatória penal, cuja previsão legal é composta pela expressão “(quem) matar outra pessoa”, o operador deôntico é impositivo (deve ser) e a estatuição consiste em punir com pena de prisão de 8 a 16 anos. É um comando dirigido ao juiz: “*se* alguém matar, o juiz *deve punir*”. Por sua vez, a norma de conduta penal é dirigida a todos e deste artigo resulta que ela se apresenta assim: “não se deve matar outra pessoa” ou “não matarás outra pessoa”. No seguimento, verificamos como a estatuição normativa desta norma de conduta (“matar outra pessoa”) coincide com a previsão normativa da norma sancionatória (“matar outra pessoa”). Isto mais não é do que uma manifestação típica do fenómeno relativo às normas secundárias, cujo objecto é outra norma, a primária. Para maiores desenvolvimentos sobre a temática relativa às normas primárias e secundárias, *vd. infra* § 436.

tendo em conta que ele não vem acrescentar nada de útil na tarefa de apurar a característica necessária da infracção criminal. Não obstante a sua essencialidade no interior da norma penal, o elemento relativo ao operador deontico, de aqui em diante, por ser visto como uma variável constante e, tendo em conta estas específicas finalidades, deixará de fazer parte desta equação.

Simultaneamente, neste momento, já não será novidade a ideia de que a consequência jurídica se situa no plano da estatuição da norma sancionatória penal.

Nestes termos, a identificação da natureza penal de uma infracção e de uma consequência jurídica deverá realizar-se no plano da previsão normativa e no plano da estatuição normativa da norma sancionatória penal. Naquele primeiro elemento observa-se o preenchimento do primeiro requisito (“*facto*”) e neste último o preenchimento do segundo requisito (“pena”): *se facto* (previsão normativa), *então pena* (estatuição). Recaindo sobre os requisitos cumulativos do conceito formal de crime: *se facto* (*f*) e *pena* (*p*), *então infracção criminal* (*c*), que pode ser representado assim: $c \leftrightarrow f \wedge p$

§ 363. Estão reunidos os elementos suficientes para passar à tentativa de aplicação prática da teoria relativa ao preenchimento do requisito “*facto*” no processo de identificação da natureza penal da infracção.

Tome-se o art. 131.º do CP como exemplo: “Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos.” Nesta norma, a previsão normativa é “Quem matar outra pessoa” e a estatuição normativa “(é) punido com pena de prisão de 8 a 16 anos.”

Olhando para a previsão normativa, com o fim de verificar o preenchimento do primeiro requisito (*facto*), constata-se que a previsão normativa inclui (uma norma de conduta com) uma acção ou um facto (a acção de matar outra pessoa) e que, por consequência, parece não haver dúvidas de que aquele requisito tem de se dar por preenchido. Em relação ao segundo requisito (*pena*), no plano da estatuição, também é claro que ele está preenchido (é punido com *pena de prisão* de 8 a 16 anos). A conduta homicídio tem natureza penal, porque diz respeito a um *facto* que tem como consequência uma *pena* (de prisão), assim se plenificando a equação: $c \leftrightarrow f \wedge p$

Veja-se agora o art. 1.º, n.º 1, do Decreto n.º 37/XII da Assembleia da República, que pretendia aditar ao CP o art. 335.º-A, cuja epígrafe era “Enriquecimento ilícito”, onde, no seu n.º 1, estava consagrada a seguinte norma: “Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada,

incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.”⁴⁷⁷

Decomponha-se esta norma: “Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou colectiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos” e “se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal” – previsão normativa; “(é) punido com pena de prisão até três anos” – estatuição normativa.

À primeira vista, numa abordagem rápida e pouco cuidada, poderia nascer a ideia de que a previsão normativa deste preceito era composta por um comportamento humano (“adquirir, possuir ou detiver património”) e que, por conseguinte, o primeiro requisito do conceito formal de crime estava, assim, preenchido.

Porém, a segunda parte da previsão leva a seguir uma conclusão contrária. Na verdade, como indica Pedro Caeiro, aqui o “*conteúdo do ilícito é a própria incongruência entre o património possuído ou dominado e os rendimentos lícitos do agente*”, pelo que em causa estaria, sim, um “*crime de estado*”⁴⁷⁸. Neste sentido, na previsão normativa não se encontram factos susceptíveis de sustentarem a afirmação de que se estaria aqui perante uma infracção criminal. Ao mesmo tempo, de acordo com o que se vem dizendo, se não há facto, não há crime, pelo que, em rigor, não se estaria perante um “crime de estado”, mas, sim, perante uma “infracção de estado”. De qualquer modo, o que se quer salientar é a ausência de facto nesta norma.⁴⁷⁹

Este aspecto veio corroborado por Faria Costa, na sua anotação ao Acórdão do TC n.º 179/2012: “*Com efeito, nas mencionadas disposições, o legislador funda a punibilidade não sobre um concreto e específico factum – factum commissionis ou factum omissionis – digno e necessitado de ser jurídico-penalmente proibido, mas unicamente sobre a mera existência de um qualquer status incommodus. Trata-se, pois, de um crime de “estado”, cujo conteúdo de ilicitude se esgota na incongruência entre o património e os rendimentos lícitos do agente. Segundo esta – assombrosa – lógica de aleatoriedade, o autor deve ser punido não por praticar uma determinada e particular conduta de enriquecer-se ilícitamente, mas por ocasional e desafortunadamente se encontrar em uma situação em que o ministério público – que legalmente deve carrear*

⁴⁷⁷ Esta norma foi dedarada inconstitucional pelo Plenário do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 179/2012, Proc. n.º 182/12, de 4 de Abril.

⁴⁷⁸ PEDRO CAEIRO, “Sentido e função...”, p. 298.

⁴⁷⁹ Veja-se, por ex., aquilo que parece ser um “*delito de pensamento*” previsto no art. 4.º, n.º 5, Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (Lei de combate ao terrorismo). Neste sentido, *vd.* NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Artigo 4.º Terrorismo”, in *Terrorismo: legislação comentada: textos doutrinários* (coordenação de José Manuel Aroso Linhares, Maria João Antunes), 1.ª ed., Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, pp. 74;

*todo o material probatório que determine quer a condenação, quer a absolvição – não consegue reunir os elementos necessários e suficientes para demonstrar a ilicitude do acréscimo patrimonial obtido.”*⁴⁸⁰

Estas conclusões deixam notar que a determinação do preenchimento do requisito relativo ao *facto* não se resume à tarefa de recolher formas verbais que consubstanciem acções humanas. É necessário fazer uma interpretação conjunta de todas as variáveis ínsitas na previsão normativa, só assim se podendo avaliar, com rigor, se existe algum *facto* humano susceptível de preencher o requisito que o tem como referente. É no significado da expressão linguística e não através da concreta expressão linguística que se deve compreender a norma⁴⁸¹, sem descurar a problemática que pode brotar de uma sinonímia somente aparente relativa aos elementos da norma.

Em suma, esta norma da Assembleia da República, se efectivamente tivesse vindo a produzir efeitos jurídicos, não teria natureza penal, porque não seria composta por um *facto*, motivo suficiente para afastar a sua natureza penal, já que, em causa, na verdade, não estaria uma infracção criminal, dado o não preenchimento do seu primeiro requisito (*facto*).

Ao contrário do que sucedeu relativamente ao crime de homicídio, aqui nem sequer há a necessidade de partir para a verificação do segundo requisito do conceito formal de crime, *sc.* consequência jurídica, na medida em que os requisitos são de verificação cumulativa. Esta infracção relativa ao enriquecimento ilícito, se existisse, não teria natureza penal ($\neg c$), porque, não obstante o seu efeito ser uma pena (p), não tinha um *facto* como pressuposto ($\neg f$). Representar-se-ia assim: $\neg c \leftrightarrow \neg f \wedge p$.

§ 364. Apreendido o conteúdo, o modo de preenchimento e o plano relativo à estrutura da norma (previsão normativa) onde está incluído o requisito “*facto*” do conceito formal de crime, é tempo de averiguar se nele se pode encontrar a característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as infracções criminais, que venha a constituir a essência do critério de apuramento da natureza penal de uma infracção.

A elevação da premissa relativa ao *facto*, ao ponto de se apresentar como elemento integrante da equação referente ao conceito formal de crime, comprova que o *facto* é uma

⁴⁸⁰ JOSÉ DE FARIA COSTA, “Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: *playdoyer* por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 141.º, n.º 3973, Março-Abril de 2012, p. 258.

⁴⁸¹ Assim, CARLOS ALCHOURRÓN, “On Law and Logic”, in *Ratio Juris*, vol. 9, n.º 4, Dezembro de 1996, p. 338, “By a “norm” I understand the meaning that may be attached to a linguistic expression, not the linguistic expression in itself.”

característica de todas as infracções criminais. Sem embargo, ela não é necessária, única ou exclusiva, destas normas, dada a existência de inúmeras infracções de natureza não penal.

Neste raciocínio vem representada a necessidade que já se havia enfatizado, qual seja a de que o apuramento da natureza penal de uma infracção não pode ser feito sem atentar à consequência jurídica que está ligada à previsão normativa. Lida-se aqui com a génese da primeira trajectória do *efeito bumerangue*, nos termos da qual, da consequência jurídica apura-se a natureza da infracção. Se se seguisse o sentido contrário e se se considerasse que o facto era a característica necessária, única ou exclusiva, da infracção criminal, então gerar-se-ia a seguinte fórmula: $c \leftrightarrow f$. O que equivaleria à declaração: *se facto* (previsão normativa), *então crime*. Como parece ter já resultado claro, seria este um claro desvio da premissa sobre a qual se tem vindo a laborar: $c \leftrightarrow f \wedge p$.

§ 365. É chegado o momento de partir para o plano da estatuição, de forma a conhecer o modo de preenchimento do segundo requisito (*p*) do conceito formal de crime. Sabe-se já que a concreta análise do preenchimento só terá razão de ser no caso de já se ter preenchido o primeiro requisito (*f*).

Não se deixa de reconhecer que a tarefa de determinação do preenchimento do primeiro requisito não parece apresentar significativa dificuldade. Isto não obstante de, como advertido anteriormente, não se poder resumir esta tarefa a uma mera verificação de formas verbais associadas a condutas humanas, devendo, sim, a interpretação da previsão normativa ser feita de um modo global, incluindo todos os seus elementos integrantes.

Ao passo que o conceito de facto ou acção humana, para estes fins, não coloca especiais problemas na sua concretização, percebe-se, desde já, sem mais, que o conceito *pena*, dada a complexidade que encerra em si mesmo, levantará maiores problemas no momento da sua demarcação. Enquanto, em relação ao facto, estava apenas em causa uma acção humana e não um específico tipo ou característica de acção, em relação à consequência jurídica já se estará perante um específico tipo de efeitos jurídicos (ou consequências jurídicas) que é a *pena criminal*. Serve o predito como indício de que o próximo encargo revestirá maior complexidade.

Não é este, todavia, o único argumento que sustenta a conclusão atinente a este juízo de prognose. Mais do que mero indício, a sua prova acabada é a jurisprudência do TEDH, representada através do segundo critério *Engel* (a natureza da infracção). Este critério é o símbolo da anunciada complexidade, dada a não resolução válida, por parte deste Tribunal, do problema a enfrentar agora.

Os segundo e terceiro subcritérios *Engel, sc.* “função” e “finalidade”, respectivamente, representaram as tentativas do Tribunal em determinar a natureza penal de uma infracção através de características da consequência jurídica. Foi aliás deste fenómeno, e da sua análise crítica, que se formou a regra relativa à identificação da natureza penal de uma infracção, expressada na necessidade de olhar para a consequência para determinar a natureza da infracção. Foi esta a génese da primeira trajectória do *efeito bumerangue*, que foi percorrida pelo subcritério “função” e que se iniciará de seguida.

Não obstante a válida opção do TEDH em percorrer este caminho, o modo como andou não produziu resultados válidos. Servirá isto, portanto, de mero argumento de delimitação negativa dos modos válidos de apurar a natureza penal de uma infracção.

§ 366. As normas que anteriormente serviram de exemplos para verificar o preenchimento do primeiro requisito, *sc.* crime de homicídio e infracção relativa ao enriquecimento ilícito, devem ser, de novo, evocadas.

Em relação ao crime de homicídio, após o preenchimento do primeiro requisito relativo ao facto, não houve hesitação em dar o segundo requisito (*pena*) como preenchido. O mesmo não sucedeu em relação à norma do enriquecimento ilícito, já que a primeira condição não se verificou. Se se tivesse concluído em sentido contrário, o desfecho do preenchimento do segundo requisito seria idêntico ao do crime de homicídio. O motivo é simples: em ambos os casos, na estatuição, estaria prevista uma *pena de prisão*.

O problema nasce quando, na estatuição normativa da norma em apreço não é vertida uma pena, mas sim uma consequência jurídica que não é expressamente uma pena de prisão e que não partilha de todas as características da pena, de que são exemplos as coimas do direito contraordenacional, o confisco de bens e as multas disciplinares. Representar-se-ão, portanto, os casos perscrutados da jurisprudência do TEDH como os exemplos de normas jurídicas onde o preenchimento da variável *p* (pena criminal) é de difícil concretização.

Desemboca daqui, então, a necessidade de saber quando é que se está perante uma pena, ou, por outras palavras, nasce a questão: “O que é uma pena criminal?”. Ou, mais concretamente, “O que tem a natureza de pena criminal?”. De acordo com a racionalidade aqui defendida, terá natureza de pena toda a consequência jurídica que possua uma característica essencial e necessária (única ou exclusiva) da pena criminal.

Resta saber, portanto, qual é essa característica, ficando balizada a tarefa em torno da questão: “Qual é a característica essencial e necessária (única ou exclusiva) da pena criminal?”.

A resposta fornecerá a essência do critério de identificação do preenchimento do requisito *pena (p)* do conceito formal de crime. As atenções recairão sobre a própria pena e não sobre algo que lhe é exterior, como acontece naqueles subcritérios *Engel*.

§ 367. Comece-se então por compreender o que é uma pena, de acordo com a nossa legislação penal.

Em primeiro lugar, adianta-se que toda a dedução sobre a natureza penal assenta, pelo menos, num truísmo. Um dos truísmos desta investigação é a de que existem normas divididas e classificadas em vários ramos do direito, nos quais se inclui o direito penal.

Olhando para a classe onde se agrupam as normas do direito penal, o que é clara e imediatamente evidente é a conclusão de que no direito português a pena é uma consequência jurídica do crime que possui natureza penal, que consubstancia outro dos truísmos deste estudo.

As duas penas principais são a *pena de prisão* e a *pena de multa*, cuja aplicação não depende de quaisquer outras consequências (principais), como sucede em relação às penas acessórias.

Importa, porém, que nos detenhamos nesta conclusão relativa à existência de duas penas principais. A introdução no direito penal português do regime da responsabilidade penal das pessoas colectivas e entidades equiparadas (cfr. art. 11.º do CP) fez com que o arsenal de penas principais deixasse de ser apenas constituído por aquelas duas penas principais, pensadas, inicialmente, para as pessoas singulares, dado o surgimento da pena de dissolução da pessoa colectiva prevista no art. 90.º-F do CP.

Contudo, tal como sucede em relação às medidas de segurança, também a análise das penas relativas às pessoas colectivas não é importante para os fins desenhados. De acordo com o art. 11.º, n.º 2, do CP, em abstracto, todas as infracções criminais cuja prática é susceptível de desembocar em responsabilidade penal das pessoas colectivas correspondem a infracções criminais cuja consequência jurídica associada é (também) uma pena principal de prisão ou de multa. Esta circunstância indica que a responsabilidade penal dos entes colectivos diz respeito a um conjunto de normas penais aplicáveis também a pessoas singulares, às quais estará, portanto, associada (também) uma pena de prisão ou de multa. Assim sendo, a previsão normativa das normas que sustentam a responsabilidade penal de um ente colectivo é idêntica à previsão normativa das normas que fundamentam a responsabilidade penal das pessoas singulares. As normas jurídicas destes dois domínios não se distinguem, portanto, no plano da conduta proibida (como se comprova através da técnica

de remissão adoptada no art. 11.º, n.º 2, do CP), mas sim no plano da estatuição. Neste sentido, tal como sucedeu em relação às medidas de segurança, as penas exclusivas dos entes colectivos não serão objecto desta análise, verificada que está a inalterada variável constante de que se partiu inicialmente: a todas as infracções criminais está associada uma pena de prisão *ou* uma pena de multa.

A conjunção adversativa (*ou*) foi enfatizada para vincar a ideia de que, desde as alterações promovidas pelo Decreto-lei n.º 48/95, o CP não possui a pena de multa complementar, que, como o próprio predicativo indica, se cumulava com a pena de prisão, no momento de reagir contra a prática de uma infracção (pena de prisão *e* pena de multa). Por conseguinte, ao requisito p da equação formulada corresponde *ou* uma pena de prisão (pp) *ou* (\vee) uma pena de multa (pm): $p \leftrightarrow pp \vee pm$. Por conseguinte, a equação que representa o conceito formal de crime poderá ser representada assim: $c \leftrightarrow f \wedge (pp \vee pm)$.

A estatuição normativa das normas sancionatórias penais pode apresentar-se sob uma de três formas. A primeira é aquela em que a consequência jurídico-criminal principal é somente a pena de prisão (*e.g.* art. 131.º do CP). Na segunda, a consequência jurídico-criminal principal é somente a pena de multa (*e.g.* art. 268.º, n.º 3, do CP) - pena de multa autónoma, que é um fenómeno raro na parte especial do CP⁴⁸². E, por fim, a terceira possibilidade consiste no facto de a consequência jurídico-criminal principal ser a pena de prisão *ou* a pena de multa (*e.g.* art. 139.º do CP) – pena de multa alternativa.

Independentemente da concreta estatuição normativa, do resultado do conjunto destas três possibilidades, reforça-se a conclusão de que uma infracção criminal *ou* terá como consequência jurídica principal uma pena de prisão *ou* uma pena de multa: $p \leftrightarrow pp \vee pm$.

§ 368. Delimitado o campo de incidência a duas variáveis, *sc.* pena de prisão (pp) e pena de multa (pm), interessa agora conhecer estas consequências penais e, nos seus efeitos, procurar por um específico que seja comum a ambas, que justifique a sua inserção na classe das penas (p), e, ao mesmo que tempo, que seja distinto em relação a todas as restantes consequências jurídicas. Por outras palavras, deseja-se perceber o porquê de serem estas as duas variáveis (efeito *comum*) que compõem aquela classe (p) e o porquê de serem *só* elas e não também outras (efeito *único* ou *exclusivo*).

É momento então de partir para a análise individualizada da pena de prisão e da pena de multa.

⁴⁸² Assim, MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, pp. 27 e 28.

§ 369. De acordo com os seus efeitos, a pena de prisão é uma pena privativa da liberdade. Até à entrada em vigor da Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto, a forma como se privava da liberdade era uma *única*, assim se representando “*só uma das mais lídimas e saudáveis consequências dos pressupostos mais profundos do seu programa político-criminal*”⁴⁸³. Essa forma consiste na entrada do condenado numa pena de prisão num dos estabelecimentos prisionais (art. 478.º do CPP), que aí deve permanecer ininterruptamente até ao momento da libertação, salvaguardados os casos de autorização de saída (art. 8.º, al. *a*), do CEP). Os estabelecimentos prisionais são dependentes do Ministério da Justiça e constituem-se como o âmbito de aplicação do CEP e do RGEP, estando, por conseguinte, submetidos às regras previstas nestes diplomas (art. 1.º, n.º 1, do CEP e art. 1.º, n.º 2, do RGEP).

Contudo, de acordo com o art. 2.º Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto, a esta forma de execução veio o legislador apresentar uma segunda forma de execução de uma pena principal de prisão, deixando, por conseguinte, de se poder afirmar que a forma como se priva da liberdade através da aplicação de uma pena é uma única. Esta nova forma é o regime de permanência na habitação (art. 43.º do CP), que, nos termos do n.º 2 do art. 43.º do CP, consiste “na obrigação de o condenado permanecer na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, pelo tempo de duração da pena de prisão, sem prejuízo das ausências autorizadas.”

Estas últimas considerações restringiram-se ao âmbito do direito penal primário, de justiça ou clássico. Todavia, é mister atentar no que se passa em relação ao âmbito do direito penal especial, mais concretamente ao direito penal militar.

O Código de Justiça Militar (doravante CJM)⁴⁸⁴ tem como âmbito de aplicação os crimes de natureza estritamente militar (art. 1.º, n.º 1, do CJM), elencados no Título II desse diploma (arts. 25.º e ss. do CJM). A estas infracções específicas, reconhecidas no ordenamento jurídico português como criminais, estão previstas penas de prisão (art. 14.º do CJM). É uma a forma de execução da pena de prisão por infracções militares, que consiste na privação da liberdade num estabelecimento prisional militar⁴⁸⁵ (art. 15.º, n.º 1, do CJM), dependente do Ministério da Defesa, e cuja “execução da pena de prisão aplicada a militares é regulada em legislação própria, na qual são fixados os deveres e os direitos dos reclusos”

⁴⁸³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. Parte Geral II*, p. 101.

⁴⁸⁴ Lei n.º 100/2003, publicada no DR n.º 265, série I-A, de 15 de Novembro.

⁴⁸⁵ Designação adoptada após a entrada em vigor do Despacho n.º 12555/2006, de 16 de Junho, do Ministro da Defesa Nacional, que determinou a substituição da designação de Presídio Militar por Estabelecimento Prisional Militar.

(art. 15.º, n.º 2, do CJM).

Assim, de modo resumido, a pena de prisão do direito penal (clássico e militar) é executada em estabelecimentos prisionais dependentes do Estado português ou na habitação do condenado.

§ 370. A pena de prisão é simples, “*por à condenação em pena de prisão não se ligarem, por força da sua natureza, efeitos jurídicos necessários ou automáticos que vão para além da sua execução.*”⁴⁸⁶

Por conseguinte, dão-se os efeitos da pena de prisão como circunscritos à sua execução (simples), que pode assumir duas formas de execução, que consistem na privação da liberdade de uma pessoa nos estabelecimentos prisionais dependentes do Estado português (Ministério da Justiça e Ministério da Defesa) ou na habitação do condenado.

Uma importante conclusão pode ser desde já retirada: a característica comum entre a pena de prisão e a pena (principal) de multa, e única ou exclusiva em relação às restantes consequências do ordenamento jurídico português, deve ser procurada nas formas da execução da pena de prisão. É esta execução a manifestação terreal ou mundana da pena de prisão. É a execução que mostra aquilo que é uma pena de prisão. É para ela que se pode e se deve, de facto, olhar. Se são duas as formas e se a pena de prisão é simples, pode-se concretizar o predito declarando, então, que para um efeito da pena de multa ser comum ao efeito da pena de prisão, então ele terá de coincidir com a forma da execução desta última, *sc.* privação da liberdade de uma pessoa nos estabelecimentos prisionais dependentes do Estado português ou na habitação do condenado (designada sob a variável #). Se existir equivalência entre a pena de prisão e a pena de multa ($pp \leftrightarrow pm$), ao ponto de ambas serem considerados penas, e se a pena de prisão apresenta duas formas de ser executada, que corresponde à mencionada privação da liberdade naqueles estabelecimentos ou na habitação do condenado ($pp \leftrightarrow \#$), então um dos efeitos da pena de multa deverá corresponder a uma privação da liberdade executada desse modo ($pm \leftrightarrow \#$). Esta última afirmação carece de comprovação e dá corpo à nova pergunta que surgiu agora: “Algum dos possíveis efeitos relativos à execução da pena de multa corresponde a uma privação da liberdade nos estabelecimentos prisionais dependentes do Estado português ou na habitação do condenado (#)?”.

⁴⁸⁶ MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, p. 22.

§ 371. A pena de multa é uma pena pecuniária determinada através do sistema dos dias de multa (arts. 47.º, 90.º-A, n.º 1, e 90.º-B, todos do CP). Tal como a pena de prisão, não é única na sua forma. A execução de uma pena pode ser cumprida através de pagamento (que se passará a designar pela variável $\$$) ou de prestação de trabalho (designado por t) (arts. 48.º do CP e arts. 489.º e 490.º do CPP). Assim, no que tange à sua execução, e querendo representar um conjunto de efeitos jurídicos possíveis da pena de multa relativos à sua execução, avança-se o seguinte: $pm \leftrightarrow \$ \vee t$

Porém, no art. 49.º, n.º 1, do CP vem previsto um outro efeito jurídico da pena de multa, enquanto pena principal: “Se a multa, que não tenha sido substituída por trabalho, não for paga voluntária ou coercivamente, é cumprida prisão subsidiária pelo tempo correspondente reduzido a dois terços, ainda que o crime não fosse punível com prisão”. Esta privação da liberdade é vista como uma “sanção de constrangimento”⁴⁸⁷, com a finalidade de constranger o condenado a pagar a multa. Ora, independentemente da finalidade da aplicação deste efeito jurídico privativo da liberdade da pena de multa, bem como do concreto regime jurídico associado à execução deste efeito (*e.g.* o disposto no art. 49.º, n.º 2, do CP e a não admissibilidade de concessão de liberdade condicional, do art. 61.º do CP), é certo que a execução deste efeito jurídico da pena de multa principal, *sc.* a *prisão subsidiária*, consiste numa privação da liberdade de uma pessoa nos estabelecimentos prisionais dependentes do Estado português ou na habitação do condenado.

Assim, ao conjunto de possíveis efeitos jurídicos de uma pena de multa principal (pagamento e prestação de trabalho), deve ser acrescentado este último. Ele coincide na íntegra com uma das formas de execução da pena de prisão ($\#$). Portanto, a fórmula que pretende apenas representar possíveis efeitos jurídicos de uma pena de multa principal deve passar a mostrar-se do seguinte modo: $pm \leftrightarrow \$ \vee t \vee \#$

Esta identidade de possíveis efeitos relativos à execução das penas principais de prisão ($pp \leftrightarrow \#$) e de multa ($pm \leftrightarrow \#$) consubstancia uma característica comum destas duas consequências jurídicas de uma infracção criminal ($pp \leftrightarrow pm$). Ora, se $p \leftrightarrow pp \vee pm$, e se $pp \leftrightarrow \#$ e $pm \leftrightarrow \#$, então, $p \leftrightarrow \#$. Deste modo, todas as infracções criminais (c) têm como seu pressuposto um *facto* (f) e como possível efeito jurídico a *susceptibilidade de privação da liberdade nos estabelecimentos prisionais dependentes do Estado português ou na habitação do condenado* ($\#$), assim

⁴⁸⁷ Assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. Parte Geral II*, p. 143. Neste sentido também, MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, p. 107.

representado: $c \leftrightarrow f \wedge \#$. Nesta última representação cristaliza-se a resposta à pergunta que ocupou este ponto.

Não obstante a variável # ser uma característica comum das penas principais de prisão e de multa, ainda não se verificou se este efeito da infracção criminal é único ou exclusivo dela. Por outras palavras, ainda falta compreender se se pode elevar aquela variável (#) a essência de um critério de identificação da natureza penal de uma infracção criminal. Tendo já a noção de que o facto, enquanto requisito necessário do conceito formal de crime, não reúne as condições para ser a essência desse critério (falta de universalidade), e trabalhando-se com duas variáveis apenas, então a validade deste percurso estará dependente do resultado do raciocínio relativo à variável do segundo e último requisito do conceito de infracção criminal aqui seguido (#).

A próxima pergunta a responder é a seguinte “Para além das infracções criminais, existem outras, de reconhecida natureza distinta, que tenham como um dos seus efeitos jurídicos a susceptibilidade de privação da liberdade nos estabelecimentos prisionais dependentes do Estado português ou na habitação do condenado (#)?”.

§ 372. Consagra o art. 27.º, n.º 2, da CRP o princípio de que “Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.” Sem embargo, no n.º 3 deste artigo estão tipificados de modo taxativo certos casos que parecem excepcionar o disposto no número anterior. Este é um dos argumentos utilizados⁴⁸⁸ para defender que o n.º 2 e o n.º 3 são expressão do princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas de liberdade.⁴⁸⁹

O recurso a estas normas constitucionais tem aqui um propósito específico, que é o de compreender quais os domínios onde, em princípio, existirão infracções que tenham pelo menos como um dos seus efeitos a susceptibilidade de ser privado da liberdade. Servem estas normas, portanto, como faróis que auxiliarão na tarefa de conhecer as restantes normas que podem incluir essa privação, já que, como se reconhece por evidência, é utópico analisar todas as normas para descobrir a característica necessária (única e exclusiva) das infracções criminais. Então, uma conclusão necessária desta impossibilidade é a de que o resultado dessa procura será produto de um raciocínio indutivo.

⁴⁸⁸ NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 838.

⁴⁸⁹ Assim, por ex., J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 479.

Dos casos incluídos nestes comandos constitucionais, interessa proceder a uma delimitação negativa deste âmbito de busca. Uma premissa constante deste estudo é a de que o objecto é as normas jurídicas que fundamentam uma decisão final condenatória e que contêm as consequências jurídicas que são aplicadas na sequência da condenação. Assim sendo, cairão fora dele todos os casos daqueles preceitos constitucionais atinentes a efeitos jurídicos produzidos num momento que antecede a condenação.

§ 373. O comando do art. 27.º, n.º 2, da CRP preceitua que a susceptibilidade de privação da liberdade é admitida enquanto efeito jurídico de uma infracção criminal. Nesta disposição concretiza-se a equação que formada para o conceito formal de crime: $c \leftrightarrow f$ (“comportamento humano” ou “facto”) \wedge # (“punido com pena de prisão”) e determina-se a regra constitucional: *se c, então é legítimo #*. É, portanto, a infracção criminal o âmbito da norma em apreço.⁴⁹⁰

Por consequência, esta norma, não incluindo no seu âmbito infracções de natureza não penal, não pode servir aqui de guia na (não) confirmação de que a susceptibilidade de privação de liberdade é uma característica necessária (única ou exclusiva) da infracção penal.

É no art. 27.º, n.º 3, da CRP que se encontram os casos desta confirmação. Da delimitação negativa anunciada anteriormente, há uma única excepção ao art. 27.º, n.º 2, da CRP que preenche os requisitos que levaram a essa delimitação (*sc.* decisão final condenatória e consequências jurídicas aplicadas na sequência dessa decisão), que vem contida na alínea *d*), “prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente”.

Feita esta triagem, o direito militar será, neste sentido, um domínio sobre o qual importa analisar por forma a verificar se alguma das suas infracções tem como efeito a variável relativa à susceptibilidade de ser privado da liberdade que está associada ao conceito formal de crime (#), dado que a probabilidade de se vir a encontrar um efeito privativo da

⁴⁹⁰ Esta posição é corroborada pelo Acórdão da Comissão Constitucional n.º 149, de 13 de Março de 1979, e por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. Parte Geral, Tomo II*, p. 148. Em sentido oposto, i.e., no de que neste preceito se indui também a infracção disciplinar militar, *vd.* J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 480. A juntar à nossa argumentação, recorremos a um argumento de ordem sistemática avançado por Nuno Brandão, segundo o qual, ao contrário destes dois últimos autores, “*não nos parece que a “prisão disciplinar imposta a militares” configure uma concretização constitucional da possibilidade de previsão da pena de prisão para infracções não criminais que parecem aceitar em relação ao art. 27.º-2 da CRP, pois se essa prisão disciplinar foi levada ao n.º 3, foi-o a título de excepção ao princípio do n.º 2 e não de concretização desse princípio, justamente em função da ideia de que as privações da liberdade a que o n.º 2 se refere são apenas as que possam resultar da lei penal*”, para tal, *vd.* NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-ordenações...*, p. 840.

liberdade no âmbito disciplinar é maior porque uma norma que inclua esse efeito está legitimada constitucionalmente através daquela alínea.

§ 374. Antes há que salientar já uma decisiva conclusão na conformação da resposta almejada.

Do âmbito de aplicação do art. 27.º, n.º 2 e n.º 3, da CRP retira-se que apenas a infracção criminal e a infracção disciplinar militar se apresentam como fundamentos válidos, aos olhos do legislador constitucional, para legitimar uma privação da liberdade. Esta circunscrição indica que quaisquer outras infracções que não estas não devem ter como efeito possível a privação da liberdade.

Se são só aqueles os domínios legitimados, sabe-se já de antemão que todas as restantes infracções do direito português não deverão ter como efeito ou consequência jurídica uma privação de liberdade, sob pena de as normas que as contiverem serem inconstitucionais. De facto, numa leitura diagonal das normas que prevêm, por ex., as infracções de natureza contraordenacional, não existe nenhuma que tenha como consequência uma privação da liberdade. É por este motivo que este ordenamento sancionatório pode ser caracterizado como um direito exclusivamente composto por consequências não privativas da liberdade. O mesmo sucede, por ex., em relação ao universo das infracções disciplinares (não militares), onde, e bem, de acordo com o preceituado constitucionalmente, não há nenhuma consequência privativa da liberdade aplicada após uma decisão final deste ramo do direito. Os exemplos suceder-se-iam perpetuamente e limitar-se-iam a comprovar que o legislador não tem criado normas de conduta inconstitucionais, pelo menos por este motivo.

O que tudo isto implica para este estudo é o facto de que, para se poder confirmar a validade da equação em análise, somente resta analisar as consequências jurídicas privativas da liberdade associadas às infracções disciplinares militares. A validade da equação está, por isso, dependente desse resultado. O mesmo será dizer que a descoberta da característica essencial e necessária (única ou exclusiva) das infracções criminais está à distância da resposta à seguinte pergunta: “O efeito jurídico privativo da liberdade associado às infracções militares é executado de forma idêntica ao efeito jurídico das penas relativas a infracções criminais?” Ou, de outro modo, “A variável # do conceito formal de crime também é variável do conceito formal de infracção disciplinar militar?”.

§ 375. Viu-se anteriormente que a pena de prisão em estabelecimentos criminais do Estado português ou na habitação do condenado era uma consequência jurídica da infracção criminal do direito penal clássico e do direito penal militar. O modo de execução das penas de prisão destes dois domínios conformou a concretização da variável (#) relativa à susceptibilidade de privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado português ou na habitação do condenado. Daqui e de conclusões posteriores, cristalizou-se a seguinte equação: $c \leftrightarrow f \wedge \#$. Apreciem-se então as infracções disciplinares militares que têm como um dos seus efeitos jurídicos possíveis a prisão disciplinar, de modo a verificar se esta se executa do mesmo modo da pena de prisão das infracções criminais.

Nos termos do art. 7.º do Regulamento de Disciplina Militar (doravante RDM)⁴⁹¹, “Constitui infracção disciplinar o facto, comissivo ou omissivo, ainda que negligente, praticado em violação de qualquer dos deveres militares.” Implicando o cumprimento de um dever uma conduta, o facto da previsão normativa da norma a que pertence a infracção disciplinar militar (doravante designada pela variável *idm*) preenche o requisito do conceito formal de crime relativo ao facto (*f*). Assim: $idm \leftrightarrow f$.

Partindo para os efeitos jurídicos da infracção disciplinar, confirma-se que a prisão disciplinar, enquanto “pena disciplinar”, é um efeito jurídico das infracções disciplinares (art. 30.º, n.º 1, al. e), do RDM). A resposta relativa ao modo de execução de uma prisão disciplinar é dada no art. 35.º do RDM, segundo o qual “A pena de prisão disciplinar consiste na retenção do infractor por um período de um a 30 dias, em instalação militar, designadamente no quartel ou a bordo do navio.” Assim sendo, esta privação da liberdade não é executada de um modo idêntico ao da pena de prisão das infracções criminais. A prisão disciplinar não implica a entrada do militar condenado num estabelecimento prisional do Estado português ou na permanência na sua habitação. Aliás, a prisão disciplinar nem sequer parece implicar uma deslocação do militar (“retenção”) para um local distinto daquele onde ele se encontrar no momento da decisão. A concretização legal parece vincar precisamente esta ideia quando faz menção ao “quartel” ou “navio”. É forçoso reconhecer que a execução da prisão disciplinar é distinta da execução da pena de prisão associada às infracções criminais ($\rightarrow \#$), já que esta última consiste numa privação da liberdade *em estabelecimento prisional dependente do Estado português ou na habitação do condenado* (#) e a prisão disciplinar numa privação da liberdade *numa instalação militar*, designadamente no *quartel* ou a bordo do *navio*.

⁴⁹¹ Lei orgânica n.º 2/2009, publicada no DR n.º 140, série I, de 22 de Julho de 2009.

A equação relativa à infracção disciplinar militar conhece o seu desfecho e apresenta-se assim: $idm \leftrightarrow f \wedge \neg \#$. No seguimento, os requisitos do conceito formal de infracção disciplinar militar ($f \wedge \neg \#$) não coincidem na íntegra com os relativos ao conceito formal de crime ($f \wedge \#$), pelo que $f \wedge \neg \# \neq f \wedge \#$, logo $c \neq idm$.

A infracção que tem como efeito a prisão disciplinar militar é uma infracção que não tem natureza penal ($\neg c$) porque nenhum dos seus efeitos jurídicos da conduta proibida ou impositiva é a privação da liberdade num estabelecimento prisional do Estado português ou na habitação do condenado ($\neg \#$). O segundo requisito do conceito formal de crime relativo à consequência jurídica constante na estatuição normativa não se mostra preenchido, ficando representada esta concreta negação da natureza penal deste modo: $\neg c \leftrightarrow f \wedge \neg \#$.

Está assim descoberta uma característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as infracções criminais: a *susceptibilidade de privação da liberdade da pessoa num estabelecimento prisional do Estado português ou na habitação do condenado* ($\#$), pela prática de um *facto* (f). A infracção penal é, portanto, a única que é composta e que tem, em abstracto, como possível efeito jurídico a privação da liberdade num estabelecimento prisional do Estado português ou na habitação do condenado.

§ 376. Na sequência da teoria relativa à criação de um critério em edificação, deve-se, por conseguinte, elevar esta característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as infracções criminais a essência do critério de identificação da natureza penal de uma infracção. Dada a necessária correspondência dessa característica com a universalidade de um critério, cristaliza-se que este critério é um critério *universal* ($c \leftrightarrow f \wedge \#$).

Esta fórmula representa a essência do critério relativo à infracção. A premissa maior do silogismo relativo a este critério deve corresponder, por consequência, a uma fiel tradução dessa fórmula.

Simultaneamente, e enquanto resultado de uma *racionalidade adequada*, se é *universal* será também um critério *geral*.

Antes da fase da execução (da ideia) do critério, passa-se agora para a fase da *denominação*, dado que já estão reunidas as condições para o fazer e porque assim é influenciada a qualidade da execução, que se lhe seguirá.

Na medida em que é a privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado ou na habitação do condenado ($\#$) o requisito-chave da equação, o seu conceito não deve fugir do conteúdo desta variável. Ao mesmo tempo, por razões de ordem prática, a

denominação do critério, para cumprir a sua função, não necessita de corresponder a toda a ideia que dele subjaz, pelo que será denominado simplesmente de *critério da privação da liberdade*.

Em síntese, este critério parece partir de uma *racionalidade adequada* e evidencia-se *universal e geral*, cuja função (e finalidade) é identificar a natureza penal de uma infracção, e apresenta-se como um *pressuposto de aplicação* do critério relativo à identificação da natureza penal de uma consequência jurídica. Este carácter instrumental espelha-se na primeira trajectória do *efeito bumerangue* que deve ser percorrida por este critério. Da consequência jurídica conhece-se a natureza da infracção: $c \leftrightarrow f \wedge \#$.

É este o *projecto* do critério, dando-se assim por terminadas a primeira etapa da sua criação, ou seja, *fase da idealização*, e a fase da *denominação do critério da privação da liberdade*.

1.4. O carácter *seguro*

§ 377. É chegado o momento de iniciar a segunda fase da criação do critério, *sc. a fase da execução*, i.e., a fase da concreta criação do critério.

O critério será enunciado sob a forma de silogismo, sendo que da sua aplicação brotará a conclusão atinente ao seu carácter *seguro*. Esta é a última característica que carece de comprovação. A validade deste critério está, por isso, dependente dos resultados a obter de seguida. A sua segurança espelhar-se-á no modo como se dá a resolução do seu silogismo.

Ora, sabendo que a premissa maior do silogismo deverá dizer respeito às restantes características (universal e geral), o plano principal onde navegar será o da premissa menor e o da conclusão, ou seja, no plano da aplicação do critério. O que se deseja é perceber se o modo de compreender os elementos que compõem a sua premissa maior guarda um grau de subjectividade razoável ou aceitável ao ponto de o preenchimento dos seus termos não só ser possível como também seguro. Para tal, o método consistirá na análise da técnica de aplicação do critério, sendo o grau de dificuldade desta operação o indicador que ditará o grau de subjectividade do critério.

Assim sendo, o objecto do pensamento seguinte será, de seguida, o *critério da privação da liberdade*, mais concretamente o seu *modo de aplicação*.

§ 378. O silogismo do *critério da privação da liberdade* é o seguinte:

- i) Todas as infracções de natureza penal têm um *facto* (*f*) como pressuposto de aplicação e a *privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado português ou na habitação do condenado* (#) como possível consequência jurídica (premissa maior);
- ii) A infracção *x* tem/não tem um *facto* (*f*) como pressuposto de aplicação e a *privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado português ou na habitação do condenado* (#) como possível consequência jurídica (premissa menor);
- iii) Logo, a infracção *x* tem/não tem natureza penal (conclusão).

§ 379. Criado o critério e confirmada a validade da premissa maior, veja-se o modo como ele se deve aplicar.

A primeira operação fundamental tem que ver com a norma jurídica onde vem prevista a infracção *x*, mais concretamente com a sua estrutura normativa.

Localizados os pressupostos de aplicação da norma na previsão normativa e os seus efeitos jurídicos na estatuição normativa, os primeiros momentos do apuramento da natureza penal da infracção *x* consistem na *identificação da norma* e na *sua decomposição* onde vem consagrada a infracção cuja natureza penal se pretende apurar, de modo a proceder à *identificação dos elementos normativos*, quais sejam a sua previsão normativa e a sua estatuição normativa.

No momento em que se procurou pela característica essencial e necessária das infracções criminais, houve a oportunidade de assistir a uma exemplificação atinente à identificação da norma, à sua decomposição e à identificação dos elementos da estrutura normativa, quando se analisou o crime de homicídio, previsto e punido, no art. 131.º do CP, bem como a norma relativa ao enriquecimento ilícito declarada inconstitucional.

Pegando de novo no exemplo do crime de homicídio, relembre-se do resultado dessa técnica aplicada ao art. 131.º do CP: “Quem matar outra pessoa [previsão normativa] é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos” (estatuição normativa).

O art. 131.º do CP consubstancia a forma paradigmática das normas sancionatórias jurídico-criminais, na medida em que nele constam a conduta proibida (previsão normativa) e um dos seus efeitos jurídicos, *sc.* a pena (estatuição normativa).

Contudo, a *identificação da norma e dos seus elementos* nem sempre se revela assim tão simples. A técnica legislativa pode desembocar na criação de uma norma cujos seus elementos normativos podem não estar concentrados num único artigo (*e.g.* art. 131.º do CP), mas em várias disposições (*e.g.* art. 90.º-A, n.º 1, do CP).

Tome-se como exemplo o art. 90.º-A do CP, segundo o qual, “Pelos crimes previstos no n.º 2 do art. 11.º, são aplicáveis às pessoas colectivas e entidades equiparadas as penas principais de multa e de dissolução.” A norma jurídica neste artigo pode ser decomposta do seguinte modo: “Pelos crimes previstos no n.º 2 do art. 11.º” (previsão normativa); “são aplicáveis às pessoas colectivas e entidades equiparadas as penas principais de multa e de dissolução” (estatuição normativa). Relativamente ao primeiro elemento da estrutura, este artigo não descreve concretamente qual a conduta proibida ou impositiva à qual estão associadas a penas principais de multa e dissolução. Para tal, há que seguir o caminho indicado pela remissão feita pelo legislador para o art. 11.º, n.º 2, do CP. Por conseguinte, determina-se que a estatuição normativa contém efeitos jurídicos (penas principais de multa e dissolução) de todas previsões normativas das normas jurídicas elencadas no art. 11.º, n.º 2, do CP, *sc.* arts. 152.º-A e 152.º-B, arts. 159.º e 160.º, arts. 163.º a 166.º sendo a vítima menor, e arts. 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 376.º, todos do CP.

Eleja-se uma destas previsões e prossiga-se o raciocínio. Veja-se, por ex., o art. 159.º, n.º 1, al. *a*), do CP, cuja epígrafe é “Escravidão”, nos termos do qual, “Quem reduzir outra pessoa ao estado ou à condição de escravo” (previsão normativa) “é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos” (estatuição normativa). Se a todas as infracções criminais está também associada uma medida de segurança, então o crime de escravidão tem como possíveis consequências jurídicas a pena de prisão e uma medida de segurança.

Depois do caminho percorrido em função daquelas remissões, vê-se delimitada uma previsão normativa à qual está associada a estatuição normativa elencada no art. 90.º-A, n.º 1, do CP (penas principais de multa e dissolução). Nestes termos, identifica-se a seguinte norma jurídica decomposta assim: “Quem reduzir outra pessoa ao estado ou à condição de escravo” (previsão normativa) “é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos” (estatuição normativa do art. 159.º, n.º 1, al. *a*), do CP), com uma medida de segurança ou com as penas principais de multa e de dissolução (estatuição normativa do art. 90.º-A, n.º 1, do CP).

O que daqui se retira é a conclusão de que podem estar associados a uma previsão normativa vários efeitos jurídicos que não vêm expressamente contidos na estatuição da norma que contém a descrição da concreta conduta proibitiva ou impositiva. Em abstracto, o crime de escravidão tem, pelo menos, quatro possíveis consequências jurídicas principais: pena de prisão, medida de segurança, pena de multa e a pena de dissolução. Por consequência, uma das condutas ínsitas na previsão normativa do art. 90.º-A, n.º 1, do CP, coincide com a conduta da previsão normativa do art. 159.º, n.º 1, al. *a*), do CP. O que estas

duas normas têm em comum é a conduta proibida nas suas previsões normativas. Reunidos estes elementos, verificam-se condições para identificar e decompor uma das normas jurídicas que brotam do art. 90.º-A, n.º 1, do CP: “Quem reduzir outra pessoa ao estado ou à condição de escravo (previsão normativa) é punido com pena de multa ou de dissolução (estatuição normativa).”

É notório como o caminho de identificação e decomposição de uma das normas contidas no art. 90.º-A, n.º 1, do CP manifestou uma maior complexidade do que a atinente à identificação e decomposição do crime de homicídio. Não obstante a maior dificuldade, foi possível atingir os fins almejados.

§ 380. Uma das conclusões retiradas do predito consistiu na consideração de que a uma concreta conduta podem estar associados vários efeitos jurídicos ou consequências jurídicas elencadas em estatuições normativas pertencentes a diversas normas espalhadas pelo nosso ordenamento jurídico. A comprová-lo esteve o facto de à previsão normativa do crime de escravidão, previsto e punido no art. 159.º, n.º 1, al. *a*), do CP, também estarem associadas as consequências jurídicas previstas no art. 90.º-A, n.º 1, do CP. Assim, algumas das consequências jurídicas do crime de escravidão previsto naquela disposição são a pena de prisão, a medida de segurança (designada por *ms*), a pena de multa e a pena de dissolução (designada por *pd*).

Ora, se a variável *f* tem vindo a representar o pressuposto “facto” e se, no caso, a previsão normativa do crime de escravidão consiste num facto ou acção humana, então avance-se com uma fórmula que pode representar os possíveis efeitos jurídicos deste acto humano proibido.

Se a concreta acção proibida prevista no art. 159.º, n.º 1, al. *a*), do CP tem como consequência jurídica possível a pena de prisão também prevista nesse artigo (f [art. 159.º, n.º 1, al. *a*), do CP] $\leftrightarrow pp$), e uma medida de segurança (f [art. 159.º, n.º 1, al. *a*), do CP] $\leftrightarrow ms$) e se, de acordo com o art. 90.º-A, n.º 1, à mesma conduta proibida (f [art. 159.º, n.º 1, al. *a*), do CP]) está associada uma pena de multa ou de dissolução (f [art. 159.º, n.º 1, al. *a*), do CP] $\leftrightarrow pm \vee pd$), então: f [art. 159.º, n.º 1, al. *a*), do CP] $\leftrightarrow pp \vee ms \vee pm \vee pd$.

§ 381. Apesar de já se ter representado um exemplo de identificação de uma norma jurídica, de decomposição nos seus elementos da estrutura e ainda de identificação de possíveis efeitos jurídicos da previsão, de forma a reforçar um claro entendimento desta fase,

é importante continuar a busca de outros possíveis efeitos jurídicos do exemplo relativo ao crime de escravidão.

Veja-se, por ex., o disposto no art. 483.º, n.º 1, do CC, nos termos do qual, “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios [previsão normativa] fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação” (estatuição normativa).

Atentando na previsão normativa desta norma, constata-se que ela remete para as previsões normativas de todas as infracções criminais. Esta norma, na sua previsão, envia-nos então para a previsão normativa do art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP relativo ao crime de escravidão. No seguimento, os efeitos da norma do art. 483.º, n.º 1, do CC também serão efeitos ou consequências jurídicas da conduta da norma ínsita no art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP. Assim, para além da pena de prisão, da medida de segurança, da pena de multa e da pena de dissolução, outra consequência jurídica associada a esta conduta proibida é a indemnização do lesado pelos danos resultantes da violação. Deve-se, portanto, completar a fórmula que pretende representar possíveis efeitos desta infracção (designada pela variável λ): $f[\text{art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP}] \leftrightarrow pp \vee ms \vee pm \vee pd \wedge i$.

O que acabou de se levar a cabo foi uma associação da previsão normativa do art. art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP com a estatuição da norma do art. 483.º, n.º 1, do CC, que são dois elementos que formam a norma jurídica: “Quem reduzir outra pessoa ao estado ou à condição de escravo fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”, mostrada assim: $f[\text{art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP}] \leftrightarrow i$. O que esta previsão normativa tem em comum com as restantes é o *facto* ou *conduta proibida* (reduzir outra pessoa ao estado ou à condição de escravo).

Do conjunto destas normas, é possível formar uma outra que as englobe: “Quem reduzir outra pessoa ao estado ou à condição de escravo é punido ou com pena de prisão de 5 a 15 anos, ou com uma medida de segurança, ou com pena de multa, ou de dissolução, e fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Assim representada, $f[\text{art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP}] \leftrightarrow pp \vee ms \vee pm \vee pd \wedge i$.

§ 382. Nota-se que este processo tem vindo a repetir uma tarefa que consiste no isolamento da previsão normativa da norma que inclui a infracção cuja natureza se pretende apurar. Não admira, tendo em conta que a infracção, que é o objecto da identificação, vem contida na previsão normativa. Recorta-se a norma, individualiza-se a conduta proibida ou

impositiva, tornando-a uma variável constante, e de seguida procura-se pelos seus efeitos, quer na disposição normativa, quer noutras disposições dessa ordem jurídica. Foi por se cristalizar a conduta proibida numa só (“reduzir outra pessoa ao estado ou à condição de escravo”) que foi possível descobrir que, para além da pena de prisão, outras consequências jurídicas vinham, em termos abstractos, associadas àquela concreta conduta.

Há que reconhecer que esta conclusão em torno da identificação das condutas proibidas foi facilitada pela escolha das normas evocadas como exemplos. Reparando-se bem, não houve hesitação em afirmar que uma das condutas proibidas do art. 90.º, n.º 1, do CP, bem como do art. 483.º, n.º 1, do CC, coincidia com a conduta proibida do art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP. Esta circunstância deu-se pelo simples motivo de que a técnica utilizada pelo legislador para associar efeitos jurídicos a condutas foi a da *remissão*. Nas duas primeiras normas, entre outras possibilidades, somos dirigidos para conduta proibida do art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP. Neste sentido, de facto não foi complexa a tarefa de identificar a composição da conduta proibida desta última disposição com a daquelas normas. Uma das condutas proibidas do art. 90.º, n.º 1, do CP e do art. 483.º, n.º 1, do CC é a constante na previsão normativa do art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP.

Assim, nos casos em que o legislador não opte por associar efeitos jurídicos a condutas através de remissão, a operação de identificação das condutas proibidas de várias normas aparentemente assumir-se-á mais complexa. Nestes casos, a identificação terá de ser feita através de uma *comparação* ou *contraposição* entre os vários componentes das condutas das previsões normativas de normas distintas. Aos casos de *identidade por remissão*, devem acrescentar-se os casos de *identidade por comparação* ou *contraposição*. Se o problema em torno daqueles primeiros já parece ter sido ultrapassado, em relação aos últimos ainda não, pelo que urge compreender como se pode chegar à conclusão de que, ainda que existam duas normas, elas consubstanciam uma só conduta proibida ou impositiva ou, dito de outro modo, que nelas está representada uma *idêntica* variável f da equação ($c \leftrightarrow f \wedge \#$).

§ 383. Faça-se, antes de mais, uma ressalva. Este plano de raciocínio é o da identificação da natureza de uma infracção e não naquele que tem por objecto a escolha e a aplicação das normas. Assim sendo, não interessará compreender quais as regras que devem imperar no momento da aplicação de normas concorrentes. Aqui o objecto é a norma e não a aplicação da norma. Só existe concorrência de aplicação de normas se houver um facto concreto praticado que despolete essa necessidade de aplicação. Porém, aqui o objecto não é a prática de um facto concreto, mas sim uma conduta imposta ou proibida numa previsão

normativa. Apenas se pretende compreender o modo de apreensão da composição do elemento “previsão normativa” de uma específica norma, bem como ainda o modo como se deve comparar ou contrapor esse específico elemento com o de uma outra norma, i.e., com outra previsão normativa, de forma a saber se se está perante uma só conduta proibida ou, na verdade, perante duas condutas proibidas. A questão central aqui situa-se, por isso, a montante da questão da aplicação de normas concorrentes⁴⁹², ou seja, no plano da comparação abstracta de normas.

Feita a ressalva, e, imersos no plano das relações entre as previsões normativas, começa-se por dizer que se lida aqui com uma questão que, de facto, se inclui, na temática respeitante a uma “concorrência de normas”⁴⁹³, embora não a esgote. Segundo David Duarte, esta situação ocorre quando “(i) os factos relevantes de um caso jurídico, (ii) dentro do mesmo conjunto normativo, (iii) preenchem mais do que uma previsão normativa. A totalidade dos pressupostos descritos, requeridos cumulativamente, não esconde, no entanto, que o cerne da concorrência está no pressuposto (iii): o que é significativo para esta é, exactamente, o preenchimento de mais do que uma previsão.”⁴⁹⁴

Numa comparação ou contraposição entre previsões normativas, são quatro as formas possíveis de relacionamento entre as normas jurídicas: i) a heterogeneidade; ii) a identidade; iii) a consumpção; e iv) a intersecção.

As relações de *identidade* e de *heterogeneidade* verificam-se quando as duas previsões em confronto têm *todos* os pressupostos em comum ou não têm *nenhum* pressuposto em comum, respectivamente. Assim, na verdade, a relação de *heterogeneidade* não representa uma situação de concorrência de normas, ao contrário do que sucede com a relação de *identidade*. A relação de *consumpção* dá-se quando ambas as normas têm os mesmos pressupostos, mas em que uma delas compreende ainda pressupostos adicionais. Neste sentido, *parte* dos pressupostos de uma norma é a *totalidade* dos pressupostos de uma outra. Por fim, a relação de *intersecção* sucede quando uma norma tem *parte* dos seus pressupostos em comum com *parte* dos pressupostos da outra norma em contraposição.⁴⁹⁵

⁴⁹² Sobre a aplicação de normas concorrentes, *vd.* INÊS FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis in Idem. Proibição de Dupla Punição de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, vol. I., Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa ed., Lisboa, 2016, p. 876 e ss., p. 938 e ss., p. 1025 e ss. e passim. *Vd.* ainda PEDRO CAEIRO, “A natureza jurídica da responsabilidade financeira sancionatória e a concorrência entre infracções financeiras e crimes: o olhar de um estrangeiro”, in *Relevância e Efectividade da Jurisdição Financeira no Século XXI (Ciclo de Seminários)*, Tribunal de Contas/Imprensa Nacional, Lisboa, 2019, pp. 323 e s.

⁴⁹³ *Vd.* DAVID DUARTE, *ob. cit.*, pp. 236 e ss. Assim também, PEDRO CAEIRO, “A natureza jurídica da responsabilidade financeira sancionatória”, in *ob. cit.*, pp. 337 e ss.

⁴⁹⁴ DAVID DUARTE, *ob. cit.*, pp. 236.

⁴⁹⁵ Assim, DAVID DUARTE, *ob. cit.*, pp. 239 e ss.

Transpostos estes pensamentos para o critério a criar, cuja premissa maior é a tradução da equação $c \leftrightarrow f \wedge \#$, que se revela como o termo comparativo da norma que proíbe ou impõe uma infracção cuja natureza se pretende identificar, então, uma das etapas da aplicação do critério consistirá necessariamente na decomposição da variável f dessa norma (norma¹), de forma a compreender se esse conjunto de elementos vem reproduzido noutra norma do ordenamento jurídico (norma²). Sendo a finalidade aqui em causa a identificação da natureza penal da infracção da norma¹, então a norma² em jogo será aquela que contenha uma infracção criminal ($c \leftrightarrow f \wedge \#$). Ou seja, o que se almeja é apurar se a conduta proibida da norma¹ é a conduta proibida da norma²: $f[\text{norma}^1] \leftrightarrow f[\text{norma}^2]$. Mais concretamente, constitui-se como objecto a averiguação da existência de uma modalidade de concorrência entre duas previsões normativas de duas normas que é a *cumulação*: “*se, sob previsão comum, tanto o operador deóntico como a estatuição forem diferentes sem incompatibilidade, o que acontece quando a norma¹ é $a^1 \wedge a^2 P b$ e a norma² é $a^1 \wedge a^2 P d$ (...), as normas entram na modalidade de cumulação, dado que a incomunicabilidade entre efeitos comuns conduz a que, do mesmo domínio material, decorram resultados simultaneamente admissíveis.*”⁴⁹⁶

Como se constata, esta modalidade de *cumulação* parte da premissa de que a “previsão é comum”, no sentido de que as previsões normativas das normas em confronto são *idênticas*.

De facto, não pode ser de outro modo. Olhando para o conceito formal de crime retira-se que só é crime uma específica conduta (função de *redução* da previsão normativa) ou seja, um específico f , ao qual está associada uma consequência jurídica designada aqui sob a variável $\#$. Só esse específico conjunto de pressupostos que compõem a conduta (o *tipo*) é que é proibido criminalmente. Nem mais, nem menos. Se assim é, o que isto indica desde já é que a única forma de relacionamento entre as normas que se busca é a da *identidade*, sendo de excluir, por conseguinte, todas as restantes formas.

§ 384. Decompondo a factualidade ínsita na previsão normativa do crime de escravidão do art. 159.º, n.º 1, al. *a*), do CP, a conduta proibida (f) é formada pelos seguintes pressupostos: quem reduzir ao estado (f^1) ou à condição de escravo (f^2) outra pessoa (f^3). Ou seja, $f[\text{art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP}] \leftrightarrow f^1 \vee f^2 \wedge f^3$.

Tendo por base esta norma, imagine-se agora que a norma objecto de apuramento da natureza da sua infracção era uma norma criada anteriormente (designada agora e para

⁴⁹⁶ DAVID DUARTE, *ob. cit.*, p. 246.

estes efeitos como norma¹), segundo a qual “Quem reduzir outra pessoa ao estado ou à condição de escravo fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.” O que aqui se verifica é uma identidade dos seus pressupostos em relação aos do art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP, já que $f[\text{norma}^1] \leftrightarrow f^1 \vee f^2 \wedge f^3$. Ou seja, $f[\text{norma}^1] \leftrightarrow f[\text{art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP}]$.

Nesta situação está representado um caso de identidade de previsões normativas que permite a *cumulação* de efeitos jurídicos não incompatíveis. Foi por isso que em momentos anteriores se disse que à conduta do art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP também se havia associado ou cumulado o efeito jurídico da indemnização ($f[\text{art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP}] \leftrightarrow pp (...) \wedge \lambda$). Ora, sendo decisiva esta técnica de cumulação de efeitos jurídicos a uma concreta conduta proibida de uma previsão normativa para a identificação da natureza penal de uma infracção, na medida em que é ela que permitirá elencar lado a lado as suas consequências e nelas procurar pela variável #, então isto significa que a relação de *identidade* entre as previsões normativas é uma premissa necessária para se afirmar que uma norma que contém uma infracção é criminal (no caso, claro está, de a sua estatuição não prever já aquela variável #). Esta conclusão brota de uma outra, qual seja a de que as restantes formas de relacionamento de previsões normativas não desembocam na modalidade de *cumulação*⁴⁹⁷. E, por um motivo simples e já anunciado, *sc.* nesses casos os pressupostos da conduta proibida cuja natureza se pretende apurar não coincidem na íntegra (identidade) com os da norma em contraposição, pelo que os efeitos jurídicos de uma não poderão ser cumulados com os de outra. Assim, se for feita uma contraposição entre uma norma (cuja natureza penal da infracção se pretende identificar) e uma outra norma jurídico-criminal, se entre as suas previsões normativas não existir uma relação de identidade, os efeitos jurídicos desta última, *e.g.* privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado ou na habitação do condenado, não serão cumulados à infracção da norma¹, não fazendo por isso parte dela.

§ 385. Olhe-se, por ex., para o disposto no art. 40.º-A, n.º 1, al. a), da Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto (Lei Quadro das Contra-Ordenações Ambientais), cuja epígrafe é “Contraordenações por violação de planos territoriais”, nos termos do qual, “Constitui contraordenação muito grave, punível nos termos do disposto na presente lei [estatuição normativa], a prática dos seguintes atos em violação de disposições de plano intermunicipal

⁴⁹⁷ Neste sentido, DAVID DUARTE, *ob. cit.*, pp. 244 e ss.

ou de plano municipal de ordenamento do território: a) As obras de construção, ampliação e demolição [previsão normativa]”.

Decomposta assim a norma nos seus elementos e procedendo à identificação da previsão normativa, ela é formada pela prática de uma obra (f^1), com certas especificações, *sc.* de construção (f^2), de ampliação (f^3) e demolição (f^4), em violação de disposições de plano intermunicipal (f^5) ou de plano municipal de ordenamento do território (f^6). Simplificadamente representada assim: $f[\text{art. 40.º-A, n.º 1, al. a), da Lei n.º 50/2006}] \leftrightarrow f^1 (f^2 \vee f^3 \vee f^4) \wedge f^5 \vee f^6$.

Identificada a composição da conduta proibida naquela disposição legal, o passo seguinte será o da contraposição ou comparação desta previsão normativa com previsões de outras normas, de modo a perceber se há uma relação de identidade que possibilite a cumulação de efeitos jurídicos de outras normas (cuja previsão é idêntica) ao efeito jurídico já conhecido (contraordenação muito grave), por já estar incluído na norma sob apreciação.

Na ordem jurídica portuguesa, existe a seguinte norma, ínsita no art. 278.º-A, n.º 1, do CP, “Quem proceder a obra de construção, reconstrução ou ampliação de imóvel que incida sobre via pública, terreno da Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, bem do domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal, consciente da desconformidade da sua conduta com as normas urbanísticas aplicáveis [previsão normativa], é punido com pena de prisão até três anos ou multa [estatuição normativa].”

Decompondo a previsão normativa, fica o seguinte: quem proceder a obra (f^1), de construção (f^2), de ampliação (f^3) ou de reconstrução (f^7), de imóvel que incida sobre via pública (f^8), de terreno da Reserva Ecológica Nacional (f^9), Reserva Agrícola Nacional (f^{10}), bem do domínio público (f^{11}) ou terreno especialmente protegido por disposição legal (f^{12}), consciente da desconformidade da sua conduta com as normas urbanísticas aplicáveis (f^{13}). Assim, e de modo simplificado que apenas pretende enumerar os pressupostos desta previsão normativa: $f[\text{art. 278.º-A, n.º 1, do CP}] \leftrightarrow f^1 (f^2 \vee f^3 \vee f^7) \wedge f^8 \vee f^9 \vee f^{10} \vee f^{11} \vee f^{12} \wedge f^{13}$.

Procedendo à contraposição ou comparação deste conjunto de pressupostos, não tarda a verificação de que não existe aqui uma relação de identidade relativa à previsão normativa entre esta norma do CP e a da Lei n.º 50/2006⁴⁹⁸. Os únicos pressupostos em

⁴⁹⁸ Neste momento entende-se que é importante lembrar de novo a salvaguarda feita anteriormente, segundo a qual este pensamento situa-se num plano de comparação abstracta de normas e não no plano da aplicação de normas concorrentes a um conjunto de factos praticados. Na verdade, um acto que consubstancia uma obra de construção de uma casa num terreno protegido por disposição legal pode preencher os pressupostos de

comum entre as duas previsões são os relativos à obra de (f^1), de construção (f^2) ou de ampliação (f^3). Quanto aos restantes, cada uma das previsões é composta por pressupostos que a outra não contém (representado pela diferente numeração da variável f), pelo que existe uma relação de intersecção entre as previsões normativas destas duas normas. Por assim ser, no sentido exposto, não há uma só conduta proibida (*identidade*), mas sim duas, que se intersectam (*intersecção*).

Por consequência, não é possível proceder ao passo seguinte de aplicação do critério, que consistiria na *cumulação* dos efeitos jurídicos de ambas as normas a uma única conduta proibida. Assim, uma das consequências jurídicas do art. 278.º-A, n.º 1, do CP (pena de prisão até três anos ou multa) por dizer respeito a uma concreta conduta proibida não *idêntica* à prevista no art. 40.º-A, n.º 1, al. *a*), da Lei n.º 50/2006 não é, em termos abstractos, um efeito jurídico possível associado à infracção ínsita nesta última disposição. Ora, partindo desta premissa e ainda de outra nos termos da qual nenhum dos restantes efeitos jurídicos art. 40.º-A, n.º 1, al. *a*), da Lei n.º 50/2006 consiste na privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado ou na habitação do condenado, apresenta-se uma fórmula que pretende mostrar a conclusão de que a infracção deste art. 40.º não tem este efeito associado: $inf [art. 40.º-A, n.º 1, al. a), da Lei n.º 50/2006] \leftrightarrow \neg \#$.

Logo, de acordo com o critério de identificação da natureza penal da infracção ($c \leftrightarrow f \wedge \#$), a infracção do art. 40.º-A, n.º 1, al. *a*), da Lei n.º 50/2006 não tem natureza penal, ao contrário do resultado que se obteria se fosse aplicado ao art. 278.º-A, n.º 1, do CP, já que a esta particular conduta (f) (criminosa) está associada aquela específica privação da liberdade ($\#$). Preenchem-se aqui e deste modo todas as variáveis do conceito formal de crime, ou, de outro modo, todos os requisitos da premissa maior do silogismo relativo ao *critério da privação da liberdade*.

§ 386. Mostradas as consequências da aplicação do critério a uma norma cuja previsão normativa apenas intersecta a previsão normativa de uma norma penal, não tarda a chegar a ideia de que o mesmo se passará em relação aos casos de *consumpção*. Voltando às normas que se têm vindo agora a contrapor, este seria o caso em que - por absurdo que o exemplo possa

ambas as normas, ao ponto de se afirmar que a infracção contida em ambas é “substancialmente” a mesma infracção (assim, PEDRO CAEIRO, “A natureza jurídica da responsabilidade financeira sancionatória”, in *ob. cit.*, p. 355). Contudo, esta comparação tem por fim a determinação das normas aplicáveis ao caso e não, como é o objectivo aqui elencado, a determinação de uma relação de *identidade* entre duas previsões normativas. E, neste caso, pela previsão normativa de ambas as normas, as duas infracções não são idênticas. É este o plano de trabalho aqui traçado, por força da concreta finalidade que é identificar a natureza penal de uma infracção.

ser - a conduta proibida do art. 40.º-A, n.º 1, al. a), da Lei n.º 50/2006 fosse formada apenas pela proibição de obra (f^1), de construção (f^2), de ampliação (f^3). O art. 278.º-A, n.º 1, do CP, sendo composto por esses pressupostos e ainda por muitos outros, representaria, então, uma circunferência ou círculo de factos de perímetro maior do que o daquele art. 40.º, que se mostra incluído (*consumpção*) dentro daqueloutro maior.

A constatação de que existem dois círculos demonstra já a noção de que são duas as previsões normativas que estão em jogo e não uma, como sucede numa relação de identidade, onde esses dois círculos de factos, por estarem totalmente sobrepostos, se fundem num só.

Surge a ideia de que o grupo de casos paradigmáticos que evidencia uma relação de identidade de previsões normativas será aquele cuja técnica legislativa seguida foi a da remissão (*identidade por remissão*), já que fora destes casos dificilmente existirá uma previsão normativa cujos pressupostos sejam precisamente os mesmos. Para além disso, a probabilidade de se adoptar esta técnica parece ser baixa, tendo em conta que, se a pretensão do legislador for proibir a mesma conduta, a técnica da remissão apresenta-se muito mais simples, já que elimina a margem de dúvida, e até o risco, inerente à construção dos elementos de uma previsão normativa. De qualquer modo, ainda que a opção não seja a da remissão (e assim nasça a necessidade de uma *identidade por contraposição* ou *comparação*), tudo parece indicar que já se dispõe aqui das ferramentas necessárias para levar a cabo uma contraposição de previsões normativas, bem como para compreender os efeitos dos resultados dessa comparação.

§ 387. De tudo o que ficou dito, sintetize-se o modo de aplicação do *critério da privação da liberdade*.

Em primeiro lugar, há que *identificar a norma de conduta* onde está incluída a infracção cuja natureza penal se pretende identificar.

Se em causa não estiver uma norma de conduta (proibitiva ou impositiva), inexistirá infracção, pelo que não haverá objecto sobre o qual aplicar o presente critério.

Consequentemente, esta “primeira” etapa serve, na verdade, para verificar se estão reunidas as condições mínimas para que o critério seja colocado em prática. Assim sendo, a norma de conduta (proibitiva ou impositiva) é um *pressuposto de aplicação* deste critério, fazendo esta etapa parte da decisão de aplicação do critério. Neste sentido, até se poderia separar esta etapa do método relativo à concreta aplicação do critério. Todavia, entende-se que ela deve estar aqui incluída por um específico motivo que diz respeito à conclusão que essa decisão de não aplicação necessariamente produz, que é o entendimento de que em causa não existe

uma infracção, logo, não existe uma infracção de natureza criminal. Se o que move o critério é identificar a natureza penal de infracções, o resultado da não aplicação do critério é idêntico ao resultado da sua aplicação que desemboque no não preenchimento dos requisitos do critério. Por assim ser, não há razões que justifiquem uma separação desta etapa do método relativo a este critério.

A ideia mais importante a reter é a de que o fundamento da conclusão final no sentido de que não existe infracção penal é resultado da não aplicação do critério da privação da liberdade, dada a não verificação do seu pressuposto de aplicação (norma de conduta). Retenha-se também o entendimento de que, não obstante incluído no método do critério da privação da liberdade, esta etapa não faz parte do método de aplicação do critério, mas sim, porque o precede, do *método de decisão de aplicação do critério*, mantendo-se assim intactos os ensinamentos trazidos do *efeito bumerangue*.

Se este pressuposto de aplicação estiver verificado, ou seja, caso se esteja perante uma norma de conduta, de seguida, deve proceder-se à *decomposição* da norma sancionatória em dois elementos da estrutura normativa: previsão normativa e estatuição normativa.

Deve-se começar pela identificação da previsão normativa onde estará contida a concreta conduta proibida ou impositiva (f), através da sua *divisão em pressupostos*. Concluído este procedimento, forma-se a *conclusão do primeiro requisito* (f), que é resultado da análise dos pressupostos, de modo a verificar se eles consubstanciam uma acção humana ou não.

Em caso afirmativo, dá-se por preenchido o primeiro requisito da premissa maior do critério, já que o *facto* (f) é pressuposto.

Em caso negativo, a infracção, por não dizer respeito a uma conduta, não tem natureza criminal, porque aquele requisito necessário não se preencheu ($\neg f$).

Se o primeiro requisito se der por preenchido, o procedimento de aplicação do critério prossegue.

A etapa seguinte é a da *identificação dos efeitos jurídicos*, assim se iniciando a primeira trajectória do *efeito bumerangue*, já que, a etapa anterior relativa ao facto é parte do juízo decisório atinente à aplicação deste método de identificação, que aqui começa, portanto.

Para se saber quais são os efeitos jurídicos de uma conduta proibida ou impositiva há que olhar para a estatuição da norma.

Nos casos em que a essa estatuição estiver contido o efeito jurídico que é a *privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado ou na habitação do condenado* (como aconteceu em relação, por ex., ao crime de homicídio, previsto e punido no art. 131.º do CP), o processo de aplicação do critério termina, pelo simples motivo de que se preencheu o segundo

requisito do critério (#). Seguir-lhe-á, portanto, a confirmação através da *conclusão final* no sentido de que a infracção da norma em análise tem natureza criminal ($c \leftrightarrow f \wedge \#$).

Se, por sua vez, nessa estatuição um dos efeitos jurídicos não for a *privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado ou na habitação do condenado* (#), então o processo de aplicação do critério deve continuar. A busca de outros possíveis efeitos jurídicos terá de ser feita noutras normas de idêntica previsão normativa.

Os efeitos de uma específica conduta proibida podem estar espalhados por outras normas da ordem jurídica. Assim sendo, a fase seguinte consiste na identificação de outros efeitos jurídicos. Para tal, dever-se-á verificar se, entre a previsão normativa da norma em análise e uma outra de restantes normas do ordenamento jurídico português, existe uma relação de *identidade de previsões normativas*. Esta identidade é reconhecida se a norma em análise remeter para outra norma com previsão normativa que contenha os concretos pressupostos da conduta proibida ou impositiva (*identidade por remissão*) ou, quando assim não suceda, através da contraposição ou comparação dos pressupostos da previsão normativa da norma em análise com os pressupostos da previsão normativa da norma contraposta (*identidade por contraposição* ou *comparação*).

Quando a relação estabelecida entre as previsões normativas for de heterogeneidade, intersecção ou de consumpção, o processo de identificação de outros efeitos jurídicos termina, porque se obteve a conclusão de que à previsão em análise apenas estão associados os efeitos incluídos na estatuição dessa norma e não de uma outra. Neste caso, já estarão reunidas as condições suficientes para se poder proceder à *conclusão final* do critério (natureza não penal), dado que já estão elencados todos os efeitos da infracção e já se sabe que a variável # não é um efeito da infracção em análise.

Por sua vez, nos casos em que existe uma relação de *identidade* entre as previsões normativas, o processo de identificação de outros efeitos jurídicos prosseguirá com a *cumulação dos efeitos jurídicos* à previsão normativa onde assenta a conduta proibida ou impositiva cuja natureza criminal se pretende identificar. Depois, todos os efeitos jurídicos das restantes normas do ordenamento jurídico que contenham uma conduta proibida ou impositiva idêntica serão, por cumulação, efeitos jurídicos da conduta da infracção que é objecto do critério, como se evidenciou através da cumulação dos efeitos ao crime de escravidão, previsto e punido no art. 159.º, n.º 1, al. a), do CP.

O resultado final deste específico processo é, portanto, a identificação de um conjunto de consequências jurídicas associadas à previsão normativa em questão, que, assim elencadas, delimitam o plano ou conjunto dos efeitos onde se deverá procurar pela

variável #.

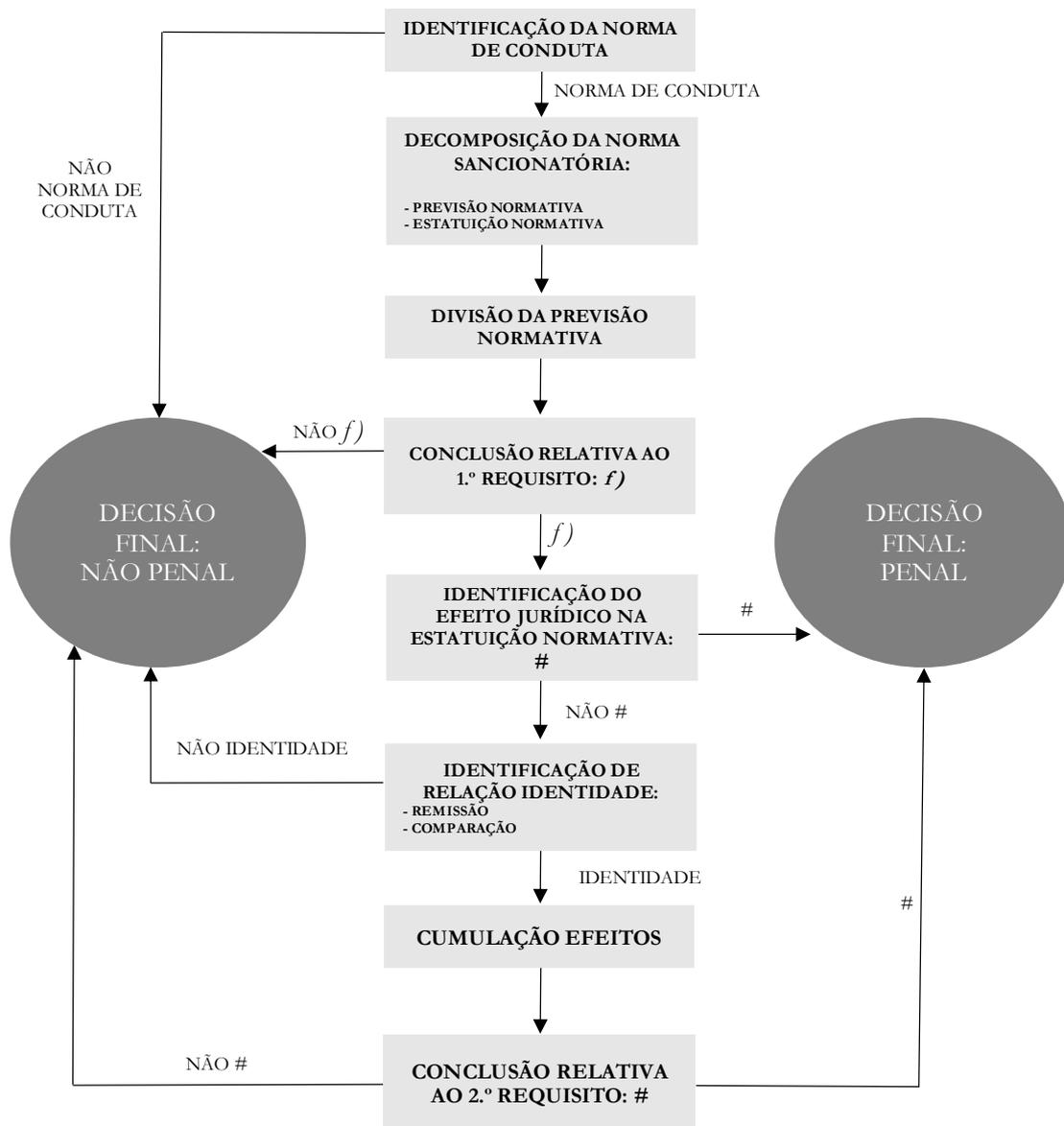
O processo de aplicação do critério termina com a conclusão final do segundo requisito, que consubstancia a própria *conclusão de todo o critério*. Após a cristalização do conjunto de efeitos associados à conduta sob observação, resta verificar se algum deles preenche os requisitos relativos ao segundo requisito, ou seja, se algum deles consiste na *privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado ou na habitação do condenado* ou, por outras palavras, se a variável # é uma das suas consequências jurídicas.

Em caso afirmativo, a *conclusão final* da aplicação do critério será a de que, por estarem preenchidos todos os requisitos da premissa maior do critério, a conduta proibida ou impositiva tem natureza criminal ($c \leftrightarrow f \wedge \#$).

Se, ao invés, o segundo requisito correspondente à variável # não se verificar, o resultado da aplicação do critério será o de que essa infracção não tem natureza criminal ($\neg c \leftrightarrow f \wedge \neg \#$).

§ 388. O *modo de aplicação* do critério relativo ao apuramento da natureza penal de uma infracção pode ser representado através do seguinte diagrama:

Diagrama do método de aplicação do critério da privação da liberdade ($c \leftrightarrow f \wedge \#$)



§ 389. O caminho racionalizante percorrido na aplicação do critério relativo à natureza da infracção, do modo como ficou exposto, deixa a convicção de que o critério supera o teste da sua validade relativo ao carácter *seguro* de um critério.

É certo que cada uma das etapas possíveis do seu processo não foge a uma necessária subjectividade encerrada em si mesmo, já que, como afirma Rui Alexandre Grácio, “*se a razão é razão humana, ela não pode ser esvaziada de conteúdo, desligada de toda a referência a valores e convicções*”, pelo que, “*assim entendida, a racionalidade, o saber e a acção são, essencialmente, falíveis*”, todavia, “*falibilidade não é sinónimo de arbitrariedade, mas a própria expressão da nossa condição humana, de uma natureza que não se autoproduz, que não se faz integralmente a si mesma, mas que é sempre condicionada,*

na sua criatividade, pelo passado, pela tradição e pelos sentidos que historicamente moldam e são moldados por contextos e quadros de referência a partir dos quais a vida humana se organiza".⁴⁹⁹

Enfrentam-se perguntas cuja resposta, independentemente do sentido, não assenta numa subjectividade que seja impeditiva de prosseguir. O trajecto inclui necessariamente várias questões, *e.g.* “Qual a norma de conduta?”, “Qual a previsão normativa e a estatuição da norma sancionatória que contém a consequência jurídica?”, “Qual a composição da previsão normativa?”, “Quais os efeitos jurídicos associados a essa previsão?”. Todavia, em termos absolutos, não parece que estas perguntas sejam compostas por conceitos de difícil apreensão. Pelo menos, não ao insustentável nível representado pelos subcritérios *Engel* relativos, por ex., à função, à finalidade e à severidade. Não só não se está aqui perante possíveis questões filosóficas, como nem sequer parece que, só por si, a concretização dos conceitos seja de difícil execução, *e.g.*, “infracção”, “previsão normativa”, “estatuição normativa”, “efeitos jurídicos”. Basta reparar que a própria questão em torno da identificação da natureza penal acaba por incluir precisamente estes conceitos, já que o objecto do apuramento se encontra assim definido: (natureza de) uma “infracção” “prevista” numa “norma” à qual estão “associados efeitos”. O que isto comprova é que se pisa o mesmo tipo conceptual utilizado por quem erige a questão sobre a natureza da infracção. A resposta navega nos conceitos da própria pergunta, que os inclui. É certo que o preenchimento destes conceitos envolve subjectividade, facto que pode separar o âmbito da pergunta e o da resposta, sem embargo, recorre-se aqui a conceitos de preenchimento, à partida, menos questionável do que aqueles relativos, por ex., aos critérios “função”, “finalidade” ou “severidade”.

§ 390. Este critério vem acompanhado de um conjunto de regras de aplicação. Este circunstancialismo, embora não influa directamente no grau de subjectividade deixado pelos conceitos que compõem as suas duas premissas (maior e menor), faz com que haja maior confiança na execução do silogismo.

É sabido como se deve olhar para os conceitos, como é que eles devem ser compreendidos e como, no seguimento, devem ser preenchidos, ou seja, sabe-se *como* deve ser construída a resposta. Existe preparação para enfrentar várias perguntas, pelo simples motivo de que elas já não são novidade. A ideia aqui subjacente, e que se quer enfatizar, é a de que este critério, ao contrário dos restantes analisados, vem preparado para ser utilizado.

⁴⁹⁹ Assim, RUIALEXANDRE GRÁCIO, *Racionalidade Argumentativa*, Edições ASA, Porto, 1993, p. 23.

Ele vem composto por um guia de aplicação que indica um caminho, independentemente da sua validade. Tal como se defende que o treino é susceptível de dar melhores resultados, também aqui se segue este sentido e se afirma que um critério acompanhado de um conjunto de regras de aplicação é susceptível de lidar mais bem com os momentos de subjectividade que possam existir nesse caminho.

Descortina-se uma possível relação entre o enigma e a sensação de segurança. Pense-se no próximo exemplo. Antes de as pessoas iniciarem um percurso na selva, uma das questões típicas associadas a essa aventura é o trajecto escolhido. Algumas pessoas optarão por seguir um trilho que já tenha sido demarcado, dado que a mera existência dele já indica que houve passagens anteriores, que parecem criar, por conseguinte, a ideia de que é um caminho conhecido, de que é possível percorrê-lo e de que, em princípio, as pessoas chegam seguras. As que optam por seguir fora desses trilhos percorrem o desconhecido e parecem estar mais expostas aos riscos da selva, fruto do carácter enigmático do percurso, não tardando muitas vezes a serem apelidadas de aventureiras. Este critério, nesta metáfora, é, bom ou mau, um trilho, demarcado pelas regras da sua aplicação, que lhe quebra o carácter enigmático e assim parecendo (apenas e só) mais seguro e inculcando, por consequência, uma sensação de confiança.

Nesta óptica, para além dos motivos já expostos, o critério revela uma ideia de segurança porque é pouco enigmático. Como salvaguardado, esta argumentação não diz respeito ao nível de subjectividade do silogismo e, por consequência, ao referente “segurança” que deve comandar um critério. A subjectividade dos conceitos com que aqui se lida não se altera em função de um método de aplicação. E, de facto, tem-se vindo a associar o carácter *seguro* de um critério à sua subjectividade. Contudo, esta argumentação relativa ao carácter pouco enigmático traz uma outra ideia de segurança que não se queria deixar de mencionar, já que, bem vistas as coisas, são finalidades de eficácia do critério que aqui estão em jogo.

§ 391. O silogismo parece cumprir com o necessário dever de fundamentação das suas premissas (maior e menor). A compreensão dos fundamentos da premissa maior e dos fundamentos do modo de concretização da premissa menor do critério, pelo menos, parece potenciar uma maior segurança da resposta vertida na conclusão do silogismo.

Conhecendo mais bem os fundamentos das premissas de que parte uma resposta, diminuir-se-á o risco de um desencontro verificado entre ela e a sua pergunta. Por outras palavras, existe uma maior preparação para responder a uma concreta questão. O que não

significa, naturalmente, que a resposta seja a correcta. Ela é, pelo menos, fundamentada, assim ficando contaminada a convicção em relação à presumida validade da (mais) confiante resposta.

Aqui, a conclusão sobre a natureza penal de uma infracção não surge por causa de um “*feeling*” ou de um desejo que faz querer seguir um caminho e que representa uma escolha. Pelo modo como está sistematizado o raciocínio envolto na aplicação do critério, parece não existir margem suficiente para se incluir na resposta, por ex., a nossa vontade ou, pelo menos, uma nossa decisão, formada num estado prévio ao da aplicação do critério. Quer se goste quer não da conclusão atinente à natureza (não) penal de uma infracção, há segurança durante o percurso e mesmo em relação ao seu resultado, porque as premissas onde assenta parecem seguras, já que se conhece a fibra de que são feitas, o local onde estão fixadas, bem como a sua capacidade de resistência aos vários testes a que foram submetidas.

A resposta ao silogismo aparece, assim, como inevitável e despida de uma incerteza com a qual não conseguiríamos conviver tranquilamente por não “*descansarmos os olhos e o espírito*”⁵⁰⁰. Não se chega ao fim do seu processo com uma sensação de um redondo “talvez”, como aconteceu com o segundo e o terceiro critério *Engel*. No momento em que o TEDH os apresentou, não foi fornecida qualquer explicação sobre o porquê de deverem ser estes os critérios aplicáveis, que, para além do mais, nem sequer vinham acompanhados por um “livro de instruções”. A vaguidão do plano das suas respostas, de facto, deixa espaço para que elas sejam moldadas em função da nossa vontade. Foi esta precisamente uma crítica apontada a este Tribunal, porque os critérios são escolhidos em função da consequência em análise. Nestes casos, na verdade, as respostas não resultam da aplicação de um critério, mas sim de uma vontade ou desejo profundo de obter uma certa resposta. Nestes casos, um critério (sem fundamentação) serve apenas formalmente como fundamentação da resposta. A sua função é meramente a de argumentar e não também a de identificar ou descobrir, com a finalidade de argumentar.

Por não se conhecer profundamente um objecto ou critério, a utilização de um objecto desconhecido arrisca-se mais facilmente a ser ineficaz na prossecução da obtenção de resultados que se querem válidos. Julga-se assim diminuído este alarmante risco através do fornecimento de um concreto programa de aplicação do critério, de curta margem de liberdade na execução das suas etapas. O diagrama onde todo este processo de aplicação vem

⁵⁰⁰ Sensação assim descrita por Francesco Carnelutti quando olhava para uma construção de conceitos assimétrica, dada a sua incompatibilidade com a necessária regra da simetria dos conceitos, que é a forma da ordem. Para tal, *vd.* FRANCESCO CARNELUTTI, *ob. cit.*, p. 80.

representado é precisamente símbolo desta rigidez programática, onde parece espelhar-se o carácter inevitável de uma conclusão final.

Aliás, o modo de aplicação do critério não só permite afastar a ideia de que o critério não é seguro, como serve também para afirmar que a subjectividade do critério se situa num grau diminuto ao ponto de até se dever falar da questão através do seu pólo oposto, i.e., da sua objectividade.

§ 392. De facto, o critério é predominantemente objectivo. Poderá até dizer-se que esta objectividade não deve ter lugar no mundo subjectivo do direito penal. Na sequência, o direito penal, por tão subjectivo ser, não deveria admitir critérios que o tornam tão despido das suas vestes da normatividade.

Mas, não se pensa aqui assim, e não é espanto, tendo em conta que acabou de se criar um critério ao arrepio dessa orientação. Quem parta da premissa de que o direito é verdadeiramente uma ciência, a ciência jurídica, deve aceitar e admitir objectividade no seu interior. Mais, deve ela até ser exigida e tida como finalidade - não obstante impossível, ou pelo menos utópica - a plena e total objectividade do direito penal.

As finalidades de sistematização do direito penal positivo pedem um critério de natureza formal e de carácter objectivo. Uma sistematização chama por um critério simples, seguro e objectivo, já que esta condição de cientificidade implica precisamente tornar simples o complexo, procurando a ordem na desordem. Esta finalidade específica de sistematização das consequências jurídicas do direito penal tem o efeito inevitável de atribuição de um carácter objectivo a um critério de sistematização. Se os desígnios aqui delineados são relativos a uma das condições de cientificidade do direito, o critério deve gozar, na medida do possível, da objectividade exigida por essa cientificidade.

§ 393. Uma crítica relativa a um “excesso de objectividade” do critério será, de modo indirecto, uma crítica à própria construção do conceito formal de crime.

A objectividade do critério é reflexo da objectividade do conceito formal de crime. O conceito formal de crime é ele próprio expressão da cientificidade do direito penal. Através dele procura-se estabelecer uma ordem. Pretende-se resumir numa simples frase (o significado) o que é uma infracção criminal. E este critério limitou-se a incorporar na sua essência esse conceito, com profundas raízes na história portuguesa.

O critério relativo à natureza penal da infracção é um símbolo e homenagem ao conceito formal de crime, que enfatiza o carácter científico do mundo penal, que pode e deve

ser organizado, como se pretende quando se pergunta pela natureza jurídica de uma infracção.

Os desejos de objectividade expressados pela questão da natureza penal de infracções desembocaram na criação de um critério de feição predominantemente objectiva, que sustenta o seu carácter *seguro*. De acordo com a teoria relativa à criação de um critério, esta era a última característica que carecia de comprovação para declarar que este critério é válido.

§ 394. À pergunta “Como identificar a natureza penal de uma infracção no ordenamento jurídico português?”, responde-se aqui: para identificar a natureza penal de uma infracção deve utilizar-se o *critério da privação da liberdade*, porque, assentando numa *racionalidade adequada*, é um critério *universal, geral e seguro*.

Esta proposta consiste num critério formal e nomoestático. Ele só apresenta sentido no plano da estática jurídica, no “presente das coisas presentes”⁵⁰¹, onde se situam as normas do ordenamento jurídico-penal português.

E é apreendido, maioritariamente, através de operações de carácter dedutivo cujo objecto é a fotografia desse ordenamento tirada e revelada no dia de hoje. Este seu carácter estático é um dos lados da moeda que aqui representa o direito penal. A outra face ou o outro modo de observação deste ramo do direito é o da dinâmica jurídica, cujo objecto deve ser a criação e aplicação da norma penal em movimento, num plano onde já existe o tempo. É precisamente neste plano que parece assentar o critério da relevância ético-social da conduta. Esta diferença relativa ao plano em que ambos os critérios operam enfatiza uma substancial dissemelhança dos critérios em relação ao método. A criação de conceitos jurídicos e de classes compostas por estes conceitos deve dar-se, se possível, no plano da estática jurídica. Assim sendo, a identificação da natureza penal de uma infracção ou consequência jurídica deve ter as suas fundações nos campos da estática jurídica.⁵⁰²

⁵⁰¹ *Vd.* SANTO AGOSTINHO, *Confissões*, 2.^a ed., (traduzido por Lorenzo Mammi), Penguin Classics/ Companhia das Letras, São Paulo, 2017, p. 431, “*Contudo, o que por ora é claro e límpido é que tanto o que é futuro quanto o que é passado não é, e não se diz propriamente: os tempos são três, passado, presente e futuro, mas talvez se devesse dizer propriamente: os tempos são três, o presente do passado, o presente do presente e o presente do futuro. Esses três, de fato, estão na alma, de alguma maneira, e não os vejo em outro lugar: a memória presente do passado, a visão presente do presente, a expectativa presente do futuro*” (Livro XI, xx, 26).

⁵⁰² Sobre os sistemas estáticos e dinâmicos de normas, *vd.* HANS Kelsen, *General Theory of Law and State*, pp. 112 e 113. Ver ainda, FRANCESCO CARNELUTTI, *ob. cit.*, pp. 59 a 62, e ainda, FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria Geral do Direito*, traduzido por Afonso Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro, Arménio Amado Ed., Coimbra, 1942, pp. 35 e 36, “*Quere dizer que, para obter o objecto, isto é, para dar o primeiro passo no caminho da abstracção é necessário que a realidade, formalmente diferenciada se considere alternadamente no espaço e no tempo. No sentido espacial obtém-se a consideração estática e determina-se a segunda dimensão do objecto; no sentido temporal, obtém-se a consideração a que chamamos dinâmica, a qual se resolve em estabelecer a terceira dimensão. E assim se completa o objecto. (...) Estática e dinâmica não são, pois, por seu turno, senão modos de ser do observador e da observação, não da realidade. A realidade, em si*

Nesta revelação expressa-se o risco naturalmente associado a todo o raciocínio dedutivo. Alterando-se as premissas, pode alterar-se a conclusão. Alterando-se a fotografia que deu origem à dedução do critério, pode alterar-se o critério. Este critério vive, por isso, na estrita dependência do ordenamento jurídico-penal. O critério é como é porque o direito penal legislado é, agora mesmo, como é. O risco espelha-se numa alteração, num movimento do dinâmico direito, que constantemente fotografamos para conhecer. O risco aqui associa-se à actualidade do critério, i.e., ao seu carácter histórico-deveniente.

É verdade que todo o critério que pretende sistematizar um ordenamento jurídico está exposto a uma atenta e feroz crítica, mas é verdade também que alguém tem de sujar as suas mãos na sua criação, já que “*sem um (único) princípio global, nenhuma ordem pode ser estabelecida.*”⁵⁰³

Terminada a fase de execução do critério relativo à natureza penal de uma infracção, onde se dá a primeira trajectória do *efeito bumerangue*, é momento de partir para o desenvolvimento da resposta à principal pergunta deste capítulo, que coincide com a pergunta de estudo.

2. O método de identificação da natureza penal de uma *consequência jurídica*

2.1. A racionalidade adequada

§ 395. Inicia-se a idealização do método de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica com a exposição da racionalidade adequada à determinação da característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as consequências jurídico-penais.

Esta mudança de objecto representa a alteração do sentido do trajecto. Da (natureza da) infracção criminal parte-se agora para a (natureza da) consequência jurídica, ficando assim plenificada a segunda trajectória do *efeito bumerangue*.

mesma, não é nem estática nem dinâmica. Só quando isolamos, por abstracção, um ou mais objectos, é que se gera a ideia do movimento e da permanência. Os princípios de estática e de dinâmica não significam senão as regras da observação desenvolvida deste ou daquele modo, e o resultado da observação conduzida num ou noutro sentido.”

⁵⁰³ HANNAH ARENDT, *A Condição Humana*, tradução de Roberto Raposo, Relógio D'Água Eds., Lisboa, 2001, p. 29.

A questão é a seguinte: “De que modo se deve determinar a característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as consequências jurídico-penais no ordenamento português?”.

Tal como sucedeu em relação à infracção criminal, também aqui já existe uma resposta que delimitará este plano de investigação.

Inicialmente, assinalaram-se dois planos susceptíveis de consagrarem uma manifestação da infracção na consequência, *sc.* pressupostos de aplicação da consequência e factores que determinam a sua forma, pelo que deveriam ser estes os referentes da segunda trajectória, e, por isso, da identificação da natureza penal da consequência jurídica.

Num segundo momento, reduziu-se este âmbito unicamente ao plano dos factores da determinação (da medida) da consequência jurídica. Os pressupostos de aplicação de uma consequência, por dizerem respeito à sua aplicação, ou seja, ao *se* da consequência, não fazem parte da dela, logo não fazem parte da sua natureza.

Assim sendo, a *racionalidade adequada* reduz o âmbito de apuramento da característica essencial e necessária (única ou exclusiva) da consequência jurídica ao plano dos factores da sua determinação, configuração ou conformação. É no ADN das consequências jurídicas que se vai encontrar a infracção criminal, assim se expondo uma relação substancial estabelecida entre elas, e de onde deverá brotar a característica que será a essência do critério relativo à consequência jurídica-criminal.

O método consistirá, portanto, na pesquisa de manifestações da infracção criminal naqueles factores para verificar se pelo menos uma é única e exclusiva de todas as consequências jurídico-criminais.

O âmbito ou objecto de investigação será os factores de determinação da medida das consequências jurídico-criminais.

§ 396. No momento em que se edificou o critério relativo à infracção, reconheceu-se que ele era resultado de um raciocínio indutivo, na medida em que era utópico estar a analisar todas as infracções criminais e não criminais do direito português.

O universo das consequências jurídico-criminais é menos vasto do que o das infracções criminais. E é-o ao ponto de parecer, à primeira vista, razoável, pelo menos, que todas as modalidades ou tipos de consequências jurídico-criminais sejam aqui objecto de análise. Porém, a conclusão final relativa à essência do critério será também produto de um raciocínio indutivo, tendo em conta que nele não se incluirá a averiguação de todas as consequências jurídico-criminais. O espaço e âmbito do presente estudo impossibilita o

estudo de todas as consequências existentes.

Há, todavia, que fazer ainda uma outra ressalva. Apenas serão objecto de investigação as consequências jurídico-criminais principais, sendo, por isso, excluída a apreciação das consequências acessórias ou de substituição. Para atingir as finalidades em questão, é desnecessária uma apreciação destas duas últimas categorias. O motivo é simples: se todas as consequências jurídico-criminais principais têm natureza penal, então é possível esta redução já que se sabe que todas elas têm natureza penal, revelando-se esta classe como suficiente.

Nestes termos, deverão ser quatro as consequências jurídico-criminais analisadas: as penas principais aplicáveis às pessoas singulares, *sc.* a pena de prisão e a pena de multa, as penas principais aplicáveis às pessoas colectivas, *sc.* pena de dissolução, e, por fim, as medidas de segurança não privativas de liberdade, aplicáveis a agentes imputáveis e imputáveis, bem como a medida de segurança de internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica.

Esta ordem de razão parte de uma premissa que forçosamente terá de existir, sob pena de se ver esbatido o sentido desta tarefa. É ela a consideração de que todas estas consequências são como são e não como queríamos que fossem. A análise dirá respeito às consequências que existem, na forma em que existem, ou seja, sobre a fotografia tirada hoje a este ramo do direito. Para além disso, são aqui assumidas como consequências de natureza penal, já que estão inseridas nessa classe ou “caixa”⁵⁰⁴. Alerta-se que não importará aqui apreciar a validade desta conclusão, pelo que não se ajuizará o mérito do legislador atinente à decisão sobre a consideração de que estas consequências possuem natureza penal. Por muito que até se possa discordar de uma dessas opções, uma variável constante dos próximos raciocínios será a de que as supramencionadas consequências têm, para o Estado, natureza penal. É este um dos truísmos deste estudo.

Por tudo o que ficou dito, pode individualizar-se o objecto da próxima investigação assim: os factores de determinação da medida da pena de prisão, da pena de multa, da pena

⁵⁰⁴ Em jeito de breve excursão, deixa-se aqui vertido um pensamento sobre este hábito dos seres humanos de colocarem tudo em caixas. Uma ideia de Alan Watts, numa das suas lições transcritas sobre filosofia da natureza. Segundo o Autor, “*And so we’re always putting things in boxes, see all thoughts all words are labels on boxes therefore we feel we’ve got to get everything boxed. And so we put ourselves in boxes everything is put in boxes. But actually everything else in nature doesn’t go that way, as for example the snail doesn’t put itself in a box. The crab doesn’t put itself in the box. It has these fascinating goddess objects. What is for example more beautiful than a Conch shell? Or a lovely scallop shell? These are gorgeous things. We could make the most delicious shells out of concrete or plastic. They could be very beautiful. And we could distribute ourselves over the landscape like shellfish along the seashore. But instead we have to live in boxes. There’s nothing you can’t fight it, it’s the system. So you know, then you have to you begin to build your furniture and chairs, everything, accordingly to those shapes because they’re easy to store away in a place that is a box in the first place.*” Esta transcrição pode ser consultada em: <https://www.alanwatts.org/1-5-3-philosophy-of-nature-pt-1/>

A lição onde o Autor profere estas palavras pode ser escutada aqui: <https://www.youtube.com/watch?v=EMFOtd9DKjo&t=621s>

de dissolução e das medidas de segurança criminais.

Assim, a resposta à pergunta respeitante ao *modo* de determinar a característica essencial e necessária (única ou exclusiva) de todas as consequências jurídico-criminais no ordenamento jurídico português corresponderá ao método acabado de expor.

§ 397. Porém, é possível concretizar ainda mais a ordem programática exposta.

As regras atinentes à determinação da medida das penas são tratadas de modo unitário pelo legislador através da criação do art. 71.º do CP (cuja epígrafe é “determinação da medida da pena”). Se assim é, não é necessário tratar de modo separado as várias penas. Elas determinam-se de acordo com aquele regime, por isso basta ter como objecto de análise somente aquela disposição. Ou seja, o art. 71.º do CP é uma disposição comum a todas as penas, onde se consagram características comuns de todas as penas. Será ele o protagonista numa fase inicial.

As medidas de segurança não são penas. Logo, o art. 71.º do CP não se lhes aplica. O que isto mostra é a ideia de que existe a necessidade de individualizar o tratamento das medidas de segurança. Serão dois os domínios em confronto, *sc.* pena e medida de segurança. Mas é possível ir ainda mais longe nesta ideia.

As medidas de segurança têm, para o Estado, natureza criminal. Então, se a pena tem e sempre teve natureza penal, a resposta para criar o critério será encontrada no plano das medidas de segurança. A pergunta será: “No plano dos factores que servem para a determinação da medida de uma consequência jurídico-criminal, qual a característica comum entre as penas e as medidas de segurança?”

Concretizando o método a seguir, aquilo que se elaborará é uma análise do art. 71.º do CP, para, num momento seguinte, verificar se o regime das medidas de segurança inclui, no plano dos factores relativos à infracção ou ao facto que conformam esta consequência, algum que seja comum com o das penas (comparação interna) e distinto em relação às consequências jurídicas de natureza não penal (comparação externa).

Escolhido o caminho, resta percorrê-lo.

2.2. O carácter *universal* e *geral*

§ 398. Parte-se para a segunda fase da idealização do critério, que pretende dar resposta à pergunta que presidirá o presente ponto: “Qual a característica essencial, necessária (única ou exclusiva) e comum das penas e das medidas de segurança?”

2.2.1. As penas

§ 399. A determinação da medida de uma pena é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção (art. 71.º, n.º 1, do CP).

O modelo de relacionamento destes dois vectores, no direito português, segue a teoria da “moldura da prevenção”⁵⁰⁵, segundo a qual é a prevenção geral positiva (e não a culpa) que fornece a moldura dentro da qual se apuram as necessidades de prevenção especial, que consubstancia o desfecho da determinação da moldura. Estas considerações preventivas são, porém, limitadas ainda pela culpa, que fixa o limite máximo da pena a determinar dentro dessa moldura (art. 40.º, n.º 2, do CP).

Contudo, o âmbito de actuação escolhido não diz respeito a esta forma de relacionamento, mas sim às circunstâncias que relevam para a concretização desses vectores, onde a tarefa dogmático-prática da aplicação do modelo de “moldura da prevenção” verdadeiramente começa, mais concretamente, no plano da determinação do substrato da medida da pena, levada a cabo através de uma eleição de factores de medida da pena.⁵⁰⁶

§ 400. Os factores de determinação da medida da pena vêm previstos no art. 71.º, n.º 2, do CP. Esta disposição auxilia o juiz, estabelecendo que este deverá atender, na determinação da medida concreta da pena, a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime (assim se evidenciando o princípio da proibição da dupla valoração), depuserem a favor do agente ou contra ele. A parte final da disposição consiste numa enumeração, de forma exemplificativa, “*de alguns dos mais importantes factores de medida da pena de carácter geral, isto é, que podem ser tomados em consideração relativamente a qualquer disposição da PE do CP.*”⁵⁰⁷

As circunstâncias que compõem o substrato da medida da pena são encontradas no *tipo complexo total*⁵⁰⁸ ou no *tipo para o efeito de medida da pena*⁵⁰⁹ que suporta a consequência

⁵⁰⁵ Para tal *vd.* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. Parte Geral, Tomo II*, pp. 227 e ss; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, 1.ª Ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 570 e ss.; MARIA JOÃO ANTUNES, *ob. cit.*, p. 45 e ss.

⁵⁰⁶ Assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. Parte Geral, Tomo II*, pp. 232.

⁵⁰⁷ *Ibidem.*

⁵⁰⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. Parte Geral, Tomo II*, pp. 233 e 234.

⁵⁰⁹ A opção pelo conceito de *tipo complexo total* ou pelo conceito de *tipo para efeito de medida de pena* é explicada por ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 646 a 648, segundo a qual “*fica a dever-se unicamente à circunstância de assim afastarmos sem resto a ideia de que o que está em causa na determinação do substrato da medida da pena é ainda o facto – alargado – da teoria do crime e de que os elementos de determinação daquela medida devem ser vistos e justificados à luz desses elementos do crime, neles incluída a punibilidade.*”

jurídica. Este conceito de facto ou tipo não se reduz ao conceito “substantivo” de facto, que é somente integrado pelas categorias do tipo de ilícito ou de tipo de culpa. Este conceito de *facto complexivo total* abarca também a categoria da punibilidade e da punição, integrada esta última pelo princípio regulativo da carência punitiva (cfr., por ex., o art. 74.º, onde se regula a dispensa de pena), justificados à luz das exigências de prevenção geral e especial, que conformam as finalidades da pena. Esta ordem de considerações “*coloca decisivamente os factores de medida da pena ao nível da doutrina da medida da pena como factores que contendem com a teoria da pena.*”⁵¹⁰

No predito está exposta uma ideia de bastante relevo para este estudo. Acabou de se assistir a uma doutrina que confirma que este domínio é palco de uma *relação substancial* estabelecida entre a infracção criminal e o elemento atinente à consequência jurídica. Dá-se o reconhecimento de que o facto ou tipo de uma infracção criminal não deve navegar apenas na teoria geral do crime, mas também na teoria da pena. A infracção é mais do que mero pressuposto de aplicação da consequência. A infracção faz também parte da própria consequência jurídica, ideia bem expressada pela expressão “tipo para o efeito de medida da pena”. O facto tem, pelo menos, estas duas funções: pressuposto de aplicação da pena e factor de determinação da medida da pena. Qualquer factor de determinação da medida da pena contende com o facto, que deve ser percebido em função do seu concreto significado à luz dos princípios regulativos da culpa e da prevenção.

Olhando como o órgão decisório deve perceber o facto, num primeiro momento, colocam-se os óculos da teoria geral do crime, de forma a verificar se o crime foi cometido (facto com a função de pressuposto de aplicação). De seguida, para determinar a pena concreta a aplicar, substitui-se por outro par de óculos que fazem olhar para o facto através das lentes da teoria da pena, mais concretamente daqueles princípios regulativos. O facto é sempre o mesmo apenas se alterando o modo como deve ser percebido, porque as finalidades da observação são outras.

Tal como evidenciado pela inclusão da variável # na equação do conceito formal de crime, a consequência jurídico-criminal é requisito da natureza penal da infracção. A consequência, por sua vez, também é composta pela infracção, já que o facto molda a pena. A pena será (aplicada) como será porque o facto criminoso foi como foi. O facto (de)limita a pena. O facto, visto à luz do princípio regulativo da prevenção, dá os limites mínimos e máximos da moldura de prevenção, e o facto, visto à luz do princípio regulativo da culpa, dá

⁵¹⁰ *Ibidem.*

o limite máximo da pena. Em todo o caso, o facto, como referente único, é limite da pena. A consequência adequa-se ao facto, que é pressuposto de aplicação e limite da pena. O facto pertence ao ADN da consequência. O facto dá forma e conteúdo à consequência jurídica, assim se cristalizando a influência que aquele tem sobre esta através do canal que os liga, que representa a relação substancial aqui procurada.

Parece vir assim reforçada a racionalidade adequada que se tem vindo a defender, que, como se confirma, fez seguir um caminho que desembocou precisamente num plano da consequência onde se assiste a uma relação substancial, e de onde se deve obter sua a característica essencial e necessária (única ou exclusiva).

§ 401. Os factores de determinação da medida da pena exemplificados no art. 71.º, n.º 2, do CP podem ser agrupados em *i*) factores relativos à execução do facto (alíneas *a*), *b*), *c*), *d*) e), parte final); *ii*) factores relativos à personalidade do agente (alíneas *d*) e *f*)); e factores relativos à conduta do agente anterior e posterior ao facto (alínea *e*).⁵¹¹

Tomando-se a “execução do facto” num sentido global e completo, a multidão de factores elencados consubstancia circunstâncias que pertencem ou ao tipo-de-ílicito ou ao tipo-de-culpa. Ao nível do tipo-de-ílicito, diz-nos Figueiredo Dias que “*releva logo a totalidade das circunstâncias que caracterizam a gravidade da violação jurídica cometida pelo agente, pertençam elas ao tipo-de-ílicito objectivo ou subjectivo: o dano, material ou moral, produzido pela conduta – com todas as consequências que dele advenham-, o grau de perigo criado nos casos de tentativa e de crimes de perigo, a espécie e o modo de execução do facto (a brutalidade do processo usado numa violação, o excesso de velocidade num homicídio negligente causado por veículo, a crueldade na ofensa corporal), o grau de conhecimento e a intensidade da vontade no dolo, a medida da violação do dever de cuidado na negligência, etc.*”

É imperativo, por um instante, determinar uma razão de ordem metodológica. Tendo em conta que a aquilo que se pretende é encontrar uma característica comum entre a pena e as medidas de segurança, e se já anteriormente foi avançada a premissa de que estas últimas se podem aplicar sem que para tal o comportamento do agente seja culposos, desinteressa para estes fins a apreciação da execução do facto ao nível do tipo-de-culpa. No seguimento, reduz-se a análise aos factores de determinação da medida da pena ao nível do tipo-de-ílicito.

§ 402. No respeitante aos factores que têm que ver com a gravidade do facto (para efeito de medida de pena) e que devem ser chamados a debate no processo de medição da

⁵¹¹ Sistematização defendida por MARIA JOÃO ANTUNES, *ob cit.*, pp. 46 e 47.

pena de prevenção, e já possuindo a explicitação desta operação, vejam-se as palavras de Anabela Miranda Rodrigues: estes factores “*relevarão as mais das vezes para a determinação da medida da pena necessária para satisfazer as exigências de prevenção geral: consoante a lesão (ou perigo de lesão) do bem jurídico protegido pelo direito penal, assim é sentida maior ou menor necessidade de pena pela comunidade, assim também as necessidades de pena para efeito de estabilização das suas expectativas na validade das normas jurídico-penais serão maiores ou menores; enquanto factores atinentes à personalidade, por seu turno, desempenham um papel prevalente para avaliar da medida da pena necessária para satisfazer exigências de prevenção especial: baseada na avaliação da personalidade (...), isto é, fundamentalmente tendo em atenção um juízo de prognose sobre o respeito pelas normas jurídico-penais que da personalidade se extrai, pode fundamentar-se a decisão sobre a medida da pena necessária para que se logre evitar o cometimento de mais crimes, no futuro, pelo agente.*”⁵¹²

Parece, portanto, notório que é a finalidade preventiva criminal, que comanda a aplicação de uma pena, que indica que é a lesão (ou o perigo da lesão) do bem jurídico tutelado pela infracção o índice ou critério que se deve ter em mente quando se apurar a gravidade (e não a censurabilidade⁵¹³) da própria infracção. Ela será tanto mais grave quanto maior for a lesão (ou perigo da lesão) do bem jurídico em análise. A infracção criminal descreve um conjunto de factos que representam um desvalor típico, dentro do qual brota uma questão de grau, podendo esse desvalor assumir variações. À luz da perspectiva do princípio da prevenção, uma maior gravidade da lesão significa necessariamente uma maior necessidade de uma pena, assim se manifestando a influência que o facto exerce sobre a consequência. Quer tudo isto significar que é a (extensão da) lesão do bem jurídico, enquanto efeito da infracção criminal que o protege, um dos factores incluídos no tutano das penas, que serão como serão (também) porque a lesão do bem jurídico foi no grau em que foi por causa do facto ilícito-típico, que foi como foi. A lesão de um bem jurídico-penal através da prática de um crime fundamenta a aplicação de uma pena.

A gravidade da lesão do bem jurídico materializa-se na gravidade da violação da infracção criminal praticada que, por sua vez, vem espelhada na concreta pena aplicada. A gravidade da lesão do bem jurídico, olhada através da concepção do tipo-de-ilícito (e não do tipo-de-culpa), expressa ainda a ideia de que uma das finalidades da aplicação da pena, no nosso ordenamento, é, de facto, preventiva.

⁵¹² Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 673 e 674.

⁵¹³ Isto porque esta análise do facto é atinente à aposição do princípio regulativo da culpa sobre esse facto e não sobre o princípio preventivo, âmbito em que nos vemos inseridos. Assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. Parte Geral, Tomo II*, pp. 246 e 247.

Continuando, a pena é (também) determinada em função do grau da lesão do bem jurídico. A pena é determinada em função do facto. E o facto criminoso, o tipo complexivo total, é o único referente da pena, que pode ser olhado de várias perspectivas ou concepções. Para além de *conditio sine qua non*, o facto é *conditio per quam* da pena. O facto é a condição negativa *sem a qual não* ocorre a pena e é a condição *pela qual* a pena ocorre, e do *modo* como ocorre. A pena é aplicada não apenas *por ocasião* do facto (pressuposto de aplicação), mas *por causa* dele. A pena é uma consequência jurídica *substancial* do facto criminoso, porque o facto participa na conformação ou configuração da pena, delimitando-a, dado ser o objecto sobre o qual incidem os factores da determinação da medida da pena.

§ 403. Disse-se já também que, se dúvidas houver em relação a saber quais são os factores de determinação da medida de uma consequência, um modo de procurar eliminar essas dúvidas - embora através de mera confirmação - consiste na análise da aplicação do princípio da proporcionalidade sobre uma consequência jurídica.

A aplicação do princípio da proporcionalidade sobre uma concreta pena determinada ou a determinar consiste, num primeiro momento, na colocação do facto praticado num dos pratos da balança. De seguida, devem ser colocados os óculos que fazem ver o ambiente à luz dos princípios regulativos da determinação da concreta pena, *sc.* culpa e prevenção. Olhando para o facto, ele, com esta visão, passa a apresentar-se sob a forma de tipo complexivo total, que deve ser apreciado de todas as perspectivas possíveis, sendo a gravidade do facto uma das muitas faces (umas vezes maior, outras menor, mas sempre existirá, dado o desvalor típico) que o conforma e dá peso. Conhecido e apreendido o facto, e sempre com os mesmos óculos postos, passa-se à criação da concreta pena que ocupará o outro prato da balança. O desenho dos seus componentes deverá reproduzir, na medida do possível, o modo de aparição do facto, já que aquilo que se pretende é que ambos tenham aproximadamente a mesma expressão numa balança, assim se seguindo o sentido de que quanto maior semelhança houver entre dois objectos, em princípio, maior equilíbrio haverá na balança (vivência empírica bem retratada na expressão “olho por olho, dente por dente”). Um dos contornos da pena concreta deverá, então, dizer respeito à imagem memorizada concernente à gravidade do facto na ordem jurídica. Está, portanto, aqui consagrada a ideia de que a pena é desenhada em função do facto. Resta, num último momento, colocar a pena no outro prato da balança e verificar se existe um equilíbrio, predeterminado como objectivo (pena adequada, necessária e proporcional ao facto). Uma qualquer correcção posterior, pela mesma ordem de razão, implicará uma necessidade de voltar a tomar em conta o facto que

irá presidir, então, a essa correcção.

Uma ideia essencial deste método é a constante necessidade de olhar para o facto, por um motivo que parece simples: ele é a única variável num dos pratos da balança. Nesse recipiente não cabem quaisquer outras considerações que sejam exteriores e independentes do facto, sendo este, por isso, o único referente da adequação da pena. O referente da proporcionalidade da pena é o facto. Não são sopesadas quaisquer circunstâncias desligadas dele. Mesmo os aspectos relativos à personalidade do agente estão a ele ligados e nele se expressam. O tipo complexivo total expressa precisamente esta noção de que o referente é um único que abarca ou engloba em si as questões a tratar. Veda-se a possibilidade de se utilizar um factor que não incida directamente sobre o facto. As conclusões que servem para fundamentar a medida da pena e a sua proporcionalidade retiram-se de uma dialética operada pelo aplicador da pena e estabelecida entre esta e o facto do agente. O agente que pratica o facto não é um referente autónomo da determinação da medida da pena, bem como do próprio juízo de proporcionalidade. Não deve existir qualquer conclusão que brote directamente de características do agente. Estas valerão para efeitos de medida da pena apenas e só quando retiradas do facto, onde o agente se revelou, como sucede quando se pretende apurar a perigosidade do agente para efeitos de prevenção. Por muito perigoso que o agente possa ser, se essa perigosidade não se manifestou no facto, ela não servirá para moldar uma pena. O agente não é um referente da determinação da medida da pena. Esse é um único e é o facto, enquanto tipo complexivo total.

§ 404. Atravessado o percurso que tinha como ambiente os factores de determinação da medida da pena, e delimitado o âmbito ao princípio regulativo da prevenção, pensa-se ter descoberto uma característica essencial e necessária das penas.

De acordo com o plano traçado, no seguimento da racionalidade defendida, e no âmbito de uma relação substancial estabelecida entre a infracção e a consequência, dela retira-se agora aquela que é uma característica essencial e necessária das penas, sem a qual estas deixarão de ser aquilo que são, pelo menos no nosso direito vigente. É ela a *gravidade do facto* ou a *gravidade da violação da infracção* como factor de determinação da medida da pena e, por conseguinte, factor de determinação da proporcionalidade da pena. A pena é delimitada pelo facto e, embora não se esgotando as possibilidades, a pena é delimitada (também) pela gravidade do facto, assim se fazendo jus à finalidade preventiva das penas. Uma pena, para ser pena ou para ter a natureza de pena, tem de ser criada em função da gravidade do facto.

Uma pena é uma consequência jurídico-penal substancial de uma infracção criminal,

que é seu pressuposto de aplicação (*conditio sine qua non*) e *conditio per quam*, enquanto factor de determinação da sua medida e proporcionalidade. Porém, os pressupostos de aplicação, não fazendo parte da natureza de uma consequência, não devem fazer parte da conclusão. Assim, uma pena é uma consequência jurídico-criminal de uma infracção criminal que é, entre outros factores, determinada em função da gravidade do facto. A infracção criminal é efeito de medida desta consequência.

Represente-se o predito numa fórmula que pretende apenas expressar que a gravidade da infracção (denominado pela variável c') é factor de determinação ($f(\)$) da medida da pena (Mp): $Mp \leftrightarrow f(c')$.

§ 405. Obtida esta característica essencial e necessária da pena numa relação substancial estabelecida entre a infracção criminal e esta consequência jurídico-criminal, é momento de partir para a observação da categoria das medidas de segurança, de modo a verificar se esta característica é comum a todas as consequências jurídico-criminais (comparação interna). Foi precisamente por isso que se anunciou previamente que a resposta atinente à característica essencial e necessária de todas as consequências jurídico-criminais seria obtida no plano das medidas de segurança de natureza criminal.

Em caso afirmativo, para eleger esta característica como essência do critério de identificação da natureza penal das consequências jurídicas, restará compreender se ela é única ou exclusiva das consequências jurídico-penais (comparação externa).

Em caso negativo, deverá regressar-se ao plano das penas, de forma a extrair uma outra característica essencial e necessária das penas de uma relação substancial estabelecida entre a infracção criminal e as penas.

Por conseguinte, a próxima pergunta a fornecer uma resposta é a seguinte: “As medidas de segurança têm a sua medida determinada em função da gravidade da infracção criminal?”. Ou seja, sendo a medida das medidas de segurança representada pela variável Mms , o que se quer é verificar a veracidade da fórmula $Mms \leftrightarrow f(c')$, para se poder concluir que, ao nível dos seus factores de determinação da sua medida e, por consequência, da análise da proporcionalidade, as penas são equivalentes (comparação interna) às medidas de segurança.

2.2.2. As medidas de segurança

§ 406. As medidas de segurança são outras (e neste sentido apenas⁵¹⁴) consequências jurídico-penais do nosso dualista ordenamento jurídico-penal. Razão pela qual são elas aqui objecto de estudo.

Adianta-se a seguinte conclusão que terá efeitos ao nível metodológico: não é necessário tratar de modo individualizado cada um dos vários tipos de medida de segurança, já que, precisamente por serem tipos, têm algo em comum que fez com que fossem consideradas medidas de segurança. Assim, se a pergunta tem por objecto todas as medidas de segurança, e não um seu concreto tipo, serão abordadas sob uma perspectiva geral e não individualizada, não obstante, para efeitos de melhor compreensão, a sua análise vir dividida entre medidas de segurança não privativas da liberdade e as privativas de liberdade.

Outra nota importante a deixar neste nível metodológico é a de que as problemáticas subjacentes a estas consequências serão apenas aquelas que digam respeito a este concreto problema. Esta afirmação mais não é do que a concretização da ideia nos termos da qual, e de acordo com os imperativos da racionalidade adequada, assuntos como os da função ou finalidades⁵¹⁵ das medidas de segurança não só não deverão aqui importar, como deverão ser evitados, por muito interessantes que, em termos absolutos, possam ser. Apenas se quer identificar um conjunto de medidas de segurança, olhar para os seus factores de determinação e verificar se a *gravidade do facto* é um deles ($Mms \leftrightarrow f(c')$).

De novo, também aqui não se lidará com todas as medidas de segurança. O universo a tratar será as medidas de segurança principais previstas no CP, não privativas e privativas da liberdade, do qual não farão parte, por conseguinte, aquelas previstas em legislação extravagante. A fonte ou nascente do critério corresponderá ao CP, sendo ele, assim, a base da criação de um critério que desempenhará as suas funções no interior e no exterior deste código. Será, portanto, um critério elaborado com base no CP e cuja finalidade diz respeito a todo o ordenamento jurídico-penal, assim se manifestando o raciocínio indutivo que a sua criação implica.

⁵¹⁴ Já no sentido da *aplicação* de uma pena *e* de uma medida de segurança ao mesmo agente e pelo mesmo facto, vê-se o ordenamento como *tendencialmente monista*, no seguimento de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. Parte Geral, Tomo II*, pp. 54. e ss.

⁵¹⁵ Para tal, *vd.* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, pp. 423. *Vd.* ainda, e mais concretamente sobre a finalidade da medida de segurança de internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica, MARIA JOÃO ANTUNES, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 476 e ss., e MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, p. 117.

§ 407. O CP prevê as seguintes medidas de segurança (principais) não privativas da liberdade: *i*) a interdição de actividades (arts. 100.º do CP e 508.º, n.ºs 1, 4 e 5, do CPP); *ii*) a cassação do título e interdição da concessão do título de condução de veículo com motor (art. 101.º do CP e 508.º, n.ºs 2, 3 e 5, do CPP); e *iii*) a aplicação de regras de conduta (art. 102.º do CP e 508.º, n.º 6, do CPP).

Da análise conjunta destas disposições, são dois os pressupostos de aplicação destas medidas: *i*) facto ilícito-típico (condenação) e *ii*) perigosidade criminal do agente. Assim, o facto típico-ilícito desempenha, pelo menos, a função de pressuposto de aplicação das medidas de segurança não privativas da liberdade.

Vistos os pressupostos, a determinação destas medidas de segurança é feita através do princípio regulativo da perigosidade criminal do agente, com a finalidade de compreender se, no caso, existe “fundado receio de que possa vir a praticar outros factos da mesma espécie” (cfr., por ex., arts. 100.º, n.º 1, e 101.º, n.º 1, al. a), ambos do CP). A função deste princípio na tarefa de desenhar uma medida de segurança é equivalente à desempenhada pelos princípios regulativos da culpa e da prevenção na determinação da pena.

Resta conhecer os referentes sobre os quais debruçar no momento de moldar a medida de segurança a aplicar. A resposta está contida nas próprias disposições onde se enunciam os pressupostos de aplicação e segue no sentido de que o “fundado receio” deve ser apurado “em face do facto praticado e da personalidade do agente”. Constata-se que o juízo sobre a perigosidade criminal do agente (relativa à possível prática de outros factos da mesma espécie) depende directamente do facto ilícito-típico. A decisão da determinação da medida de uma medida de segurança é como é porque o facto foi como foi. O facto ilícito-típico, para além de *conditio sine qua non* (pressuposto de aplicação), é *conditio per quam* da medida de segurança, já que esta consequência é delimitada em função da infracção criminal. O facto desempenha a função de tipo para o efeito (de medida) da medida de segurança. Ele é pressuposto de aplicação e *factor de determinação da medida* destas medidas de segurança, assim se evidenciando a influência que aquele tem sobre estas através do canal que os liga, que dá origem à relação substancial procurada.

Ora, sendo a gravidade do facto parte integrante do referente facto, como indica o complemento determinativo “do”, a “gravidade” deverá necessariamente ser um dos factores a ter em conta no momento de configurar estas consequências. Para apurar o grau de perigosidade criminal do agente há (também) de se analisar a gravidade do facto. Da leitura das disposições do CP aqui em causa, fica a ideia de que o facto não é um referente autónomo de apuramento, parecendo, sim, assumir uma feição instrumental em relação à prossecução

do objectivo que é o de conhecer a perigosidade do agente. Todavia, independentemente da sua autonomia, não deixa em caso algum de ser factor de determinação da consequência, pelo que a conclusão não depende de uma resposta atinente a essa (não) autonomia.

§ 408. A confirmação de que a gravidade do facto é uma das vertentes do facto típico-ilícito a ser apreciada é feita através do enunciado do art. 40.º, n.º 3, do CP, segundo o qual “A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente.”

A gravidade do facto é inclusivamente o aspecto preponderante nesta tarefa relativa ao facto. Aquilo que se acaba de desempenhar é, de novo, a importação do modo de aplicação do princípio da proporcionalidade à consequência em análise para confirmar alguns dos referentes da determinação da medida das consequências jurídicas.

Ao lado da gravidade do facto, o legislador colocou o referente “perigosidade do agente”. Afinal, o que isto parece significar é a circunstância de a gravidade do facto ser um referente autónomo do teste da proporcionalidade. O facto ilícito-típico não parece ser então instrumental em relação à perigosidade do agente, já que foi autonomizado e, no lugar da “*personalidade* do agente” está a “*perigosidade* do agente”. Ele não só é um factor do substrato da medida de segurança que é utilizado para medir o grau de perigosidade do agente, como serve ainda para traçar directa e autonomamente a própria medida de segurança. Seguir-se-ia em sentido contrário se aquela disposição não fizesse referência à gravidade do facto e não tivesse procedido à substituição dos conceitos “personalidade” por “perigosidade”, mas, como faz, dá-se a autonomização e assim se impede, nesta lógica, aquela dedução.

Por conseguinte, no momento de moldar e aferir a proporcionalidade destas consequências jurídicas, o seu aplicador deverá colocar o facto típico-ilícito num dos pratos da balança da proporcionalidade, tal e qual como acontece em relação ao teste da proporcionalidade relativo à pena, onde somente figurava o facto ilícito-típico enquanto tipo complexivo total. Porém, para além deste autónomo referente deve ainda ser colocado nesse prato o referente “perigosidade do agente”, de que o próprio facto é parte integrante, porque, em analogia, o agente também é, *mutatis mutandis*, um referente complexivo total.

São dois os referentes do teste da proporcionalidade, pelo que o não cumprimento dos imperativos de cada um deles resultará numa medida desproporcional. Então, não basta a estas medidas de segurança serem proporcionais à perigosidade do agente, já que, se o facto ilícito-típico for de diminuta gravidade ou de natureza bagatelar, a consequência será

desproporcional em relação à gravidade do facto⁵¹⁶. Neste sentido, desinteressará o cumprimento do requisito “perigosidade do agente”, pelo que, mesmo que o agente seja considerado perigoso criminalmente (de acordo com factores não respeitantes à prática do facto) e houver o fundado receio de que o agente venha a praticar factos da mesma espécie (no caso, não graves) ou até outros mais graves, não se deverá aplicar uma destas medidas de segurança se o facto ilícito-típico praticado não foi grave.

Este relevo dado ao facto parece descaracterizar estas medidas de segurança que pareciam ser guiadas unicamente pelo princípio regulativo da perigosidade criminal, que tinha o facto e o agente como seus objectos. O fundado receio de que o agente possa vir a praticar outros factos da mesma espécie é apenas uma das premissas que deve estar verificada. Ora, se, pelo que a letra da lei indica, se autonomizou o facto, o princípio regulativo da perigosidade criminal deixa de ser suficiente para proceder à determinação destas medidas de segurança, sendo necessário um outro que possa olhar para o facto sem os óculos daquele princípio, que só importa para aferir a perigosidade do agente. Deverá, então, o princípio regulativo da proporcionalidade partilhar da função daqueloutro princípio, no papel de configuração de uma proporcional medida de segurança.

No processo de determinação da medida da pena, o referente de determinação era um único, *sc.* o facto ilícito-típico, e eram, pelo menos, dois os princípios regulativos que presidiam à concreta determinação da pena e ao teste da proporcionalidade, *sc.* princípio da culpa e da prevenção. Agora, em relação à determinação das medidas de segurança, são dois os referentes, *sc.* gravidade do facto ilícito-típico e perigosidade do agente, e dois os princípios regulativos, *sc.* proporcionalidade e perigosidade criminal. Assim, nas medidas de segurança o facto ilícito-típico é observado através de duas perspectivas para se aferir a proporcionalidade da medida. O princípio da proibição do excesso a que as medidas de segurança estão submetidas faz com que a sua função na determinação de uma medida de segurança seja, *mutatis mutandis*, semelhante à função delimitadora do princípio da culpa na determinação das penas⁵¹⁷. A medida de segurança deve ser adequada, necessária e proporcional em relação ao facto e à perigosidade do agente. Uma medida de segurança não deve em caso algum ultrapassar os limites do princípio da proibição do excesso tal como uma pena não deve em caso algum ultrapassar a medida da culpa.

A variável constante destes raciocínios é o facto ilícito-típico enquanto referente (autónomo ou instrumental) de determinação da medida da pena e das medidas de segurança,

⁵¹⁶ Assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. Parte Geral, Tomo II*, p. 451.

⁵¹⁷ Assim também, MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, p. 115.

bem como da determinação da proporcionalidade. Uma pena será como será porque o facto, na perspectiva do tipo-de-ilícito, foi como foi, e uma medida de segurança será como será porque, também na perspectiva do tipo-de-ilícito, foi (grave) como foi e porque quem o praticou é um agente perigoso, cuja comprovação é feita através do facto e do próprio agente.

Quer em relação às penas, quer em relação às medidas de segurança não privativas de liberdade, o facto é pressuposto de aplicação e factor de determinação da medida e da proporcionalidade destas consequências. Nestes termos, as medidas de segurança não privativas da liberdade previstas no CP partilham da característica essencial das penas escolhida para constituir a essência do critério relativo à consequência jurídica. Assim sendo, este tipo de medidas de segurança cumpre com a equação deixada anteriormente: $Mms \leftrightarrow f(c')$.

Sem embargo, para se confirmar que esta última afirmação corresponde à verdade, resta ainda completar a sua fundamentação com a análise das medidas de segurança privativas da liberdade. No final das contas, se este tipo de medidas também tiver a gravidade do facto como factor de determinação da medida destas consequências jurídicas, poder-se-á declarar que esta é uma característica comum entre as penas e as medidas de segurança previstas no CP.

§ 409. De acordo com o art. 91.º, n.º 1, do CP, os pressupostos da medida de segurança privativa da liberdade aí prevista são: *i)* facto ilícito-típico; *ii)* declaração de inimputabilidade, nos termos do art. 20.º do CP; e *iii)* perigosidade criminal do agente (fundado receio de que o agente venha a cometer outros factos da mesma espécie).

Tal como sucede em relação às medidas não privativas da liberdade previstas nos arts. 100.º, n.º 1, e 101.º, n.º 1, ambas do CP, a técnica legislativa também seguiu no sentido de se expor o caminho do apuramento da perigosidade criminal do agente na disposição onde se consagram os pressupostos de aplicação. Nestas normas, a perigosidade é apurada de acordo com a gravidade do facto e com a personalidade do agente. No art. 91.º, n.º 1, do CP a gravidade do facto mantém-se como factor de determinação do pressuposto de aplicação “perigosidade criminal do agente”, substituindo-se, naturalmente, a personalidade do agente pelo factor relativo à anomalia psíquica do agente.

Esta medida de segurança tem uma única forma de execução, que consiste no internamento do inimputável em razão de anomalia psíquica num estabelecimento de cura, tratamento ou segurança. (art. 91.º, n.º 1). A duração mínima e máxima do internamento é fixada unicamente pela lei (cfr. arts. 91.º, n.º 2, e 92.º, n.ºs 2 e 3, do CP).

Da análise conjunta da forma de execução e da duração do internamento, forma-se uma *frustrante conclusão*: o aplicador da consequência não exerce qualquer influência na determinação de uma medida desta consequência privativa da liberdade. Ao invés do que sucede em relação às penas e às medidas de segurança não privativas da liberdade, a decisão de internamento não implica a determinação de uma concreta duração da medida. É esta uma consequência sem uma medida concretamente determinada pelo seu aplicador, resumindo-se, por isso, a uma aplicação ou a uma não aplicação. Se não há uma medida a determinar pelo seu aplicador, não há, forçosamente, factores de determinação da medida do internamento.

Nestes termos, *nem todas* as consequências jurídicas de natureza penal têm a gravidade do facto ilícito-típico como factor de determinação da sua medida, pelo que esta não é, afinal, uma característica comum de todas as consequências jurídico-penais principais previstas no CP e, no seguimento, não pode servir de essência do critério.

Desta frustrante constatação resultam dois possíveis trajectos a seguir: *i)* criar, de base, uma nova proposta de critério, reiniciando a criação através do regresso à análise das penas, de forma a identificar uma outra característica essencial; ou *ii)* corrigir a actual proposta, se tal for possível, através dos elementos recolhidos até então. A opção recairá inicial e compreensivelmente nesta última via, dado que parece estar próxima a obtenção de uma solução que satisfaça as exigências a cumprir.

§ 410. De facto, é crasso que a aplicação de uma medida de segurança privativa de liberdade não envolve juízos cuja finalidade seja a determinação de uma concreta medida desta consequência. Este motivo é suficiente para impossibilitar uma correcção através de uma forçada interpretação no sentido de que ainda assim haveria uma espécie de determinação, ao ponto de ainda se poder defender a proposta agora em crise. A correcção, a ser possível, deverá, portanto, assentar noutra argumentação.

Num exercício de recapitulação, no processo de aplicação de uma pena criminal (desconsiderando, para os estes efeitos, uma possível substituição) e de uma medida de segurança não privativa da liberdade, o facto ilícito-típico desempenha pelo menos três distintas funções: *i)* pressuposto de aplicação; *ii)* factor de determinação da medida; e *iii)* referente ou factor de determinação da sua proporcionalidade.

Se a função de factor de determinação da medida não é uma característica comum também às medidas de segurança não privativas da liberdade, então resta apenas verificar se a terceira função do facto, *sc.* referente ou factor de determinação da sua proporcionalidade,

supera aquela barreira.

Esta é uma característica comum às penas e às medidas de segurança não privativas da liberdade previstas no CP e é uma característica que se obtém de uma relação substancial gerada entre o facto e essas consequências. À luz do princípio da proporcionalidade, a concreta pena ou medida de segurança não privativa da liberdade deve ser adequada, necessária e proporcional à infracção criminal violada, assim se evidenciando a influência que esta última exerce sobre estas consequências. Deste modo, esta característica cumpre com a *racionalidade adequada* e é *essencial e comum* àquelas consequências. Resta saber, portanto, se é *comum a todas* as consequências jurídico-criminais. Ou seja, falta apenas apurar se a medida de segurança privativa da liberdade também possui esta característica.

§ 411. Na verdade, o presente desígnio já parece ter sido alcançado, tendo em conta que o art. 40.º, n.º 3, do CP tem como âmbito todos os tipos de medidas de segurança. Assim sendo, a gravidade do facto típico-ilícito é um dos factores utilizados para determinar a proporcionalidade de uma decisão de internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica. Tudo isto faz com que as próximas palavras mais não sejam do que uma confirmação do predito através da análise das disposições normativas relativas a este tipo de medidas de segurança.

No processo decisório de aplicação desta consequência jurídico-criminal, em primeiro lugar, deve-se verificar se todos os pressupostos de aplicação (art. 91.º, n.º 1) desta medida estão preenchidos. Ao contrário do que acontece com as penas e as medidas de segurança não privativas de liberdade, a esta etapa não se segue uma determinação da concreta medida do internamento. Contudo, de acordo com o disposto no art. 40.º, n.º 3, do CP, resulta evidente que, antes da concreta aplicação desta consequência jurídica, ao órgão decisório cabe ainda proceder ao juízo de proporcionalidade, que se apresenta como outra condição de preenchimento obrigatório da sua aplicação: o internamento deve ser adequado, necessário e proporcional à gravidade do facto e à perigosidade criminal do agente inimputável em razão de anomalia psíquica, numa operação feita à luz dos princípios regulativos da perigosidade criminal e da proporcionalidade.

Quer isto dizer que, mesmo em relação a este específico agente, a perigosidade, por si só, fruto da anomalia, não se revela suficiente para a conformação da medida, dado que o facto tem de ter sido grave ao ponto de justificar a própria criação e aplicação da medida. Se não foi, por muito que os restantes factores de apuramento demonstrem que o agente é perigoso e que, por causa da anomalia psíquica, há o fundado receio de que ele venha a

praticar factos criminais graves, não se aplicará a consequência. A gravidade do facto apresenta-se assim como limite à aplicação desta medida de segurança, tal como a culpa o é em relação à pena.

Assim, o facto ilícito-típico desempenha aqui, pelo menos, as funções de: *i)* pressuposto de aplicação; *ii)* factor de determinação do pressuposto de aplicação “perigosidade criminal do agente”; e *iii)* referente ou factor de determinação da proporcionalidade da consequência.

É possível, por tudo isto, concluir que a gravidade do facto típico-ilícito é um factor de determinação da proporcionalidade de todas as consequências jurídico-criminais principais previstas no CP. O *facto típico-ilícito* desempenha esta mesma função em relação às penas e a *todas* as medidas de segurança do CP, privativas e não privativas da liberdade. O processo decisório de aplicação de uma consequência jurídico-criminal envolve necessariamente um juízo que navega numa dialéctica estabelecida entre a gravidade do facto e essa consequência. Após a aplicação de uma consequência jurídico-criminal, a gravidade do facto é um dos motivos que pode sustentar a sua desproporcionalidade e, por conseguinte, a sua desaplicação.

§ 412. Limada ou refinada a proposta de critério, concretiza-se assim: *todas as consequências jurídicas de natureza penal* (doravante representada pela variável Qp) têm a *gravidade do facto ilícito-típico* (c') como *factor de determinação da sua proporcionalidade* ($f^p()$). Uma consequência jurídico-criminal a aplicar varia em função da extensão da lesão do bem jurídico-criminal provocada pela prática do facto. A gravidade da violação da infracção criminal é um dos factores que serve para justificar a (des)proporcionalidade de uma consequência jurídico-criminal, sendo, por isso, fulcral na decisão de aplicação desta reacção. É a constatação de que existe esta manifesta influência da gravidade do facto na criação destas consequências que mostra que estas estão ligadas de modo substancial a uma infracção criminal, ao ponto de se concluir que são consequências jurídicas substanciais das infracções criminais.

A fórmula $Qp \leftrightarrow f^p(c')$ (todas as consequências jurídicas de natureza penal têm a gravidade do facto ilícito-típico como factor de determinação da sua proporcionalidade) representa uma característica *essencial e comum* de *todas* as consequências jurídico-criminais, apurada de uma relação substancial estabelecida entre o facto ilícito-típico e a consequência jurídica, de acordo com a *racionalidade adequada* teorizada.

§ 413. A comparação interna conhece assim o seu desfecho, que não coincide com o final desta fase, prévia à sua execução. O seu culminar dá-se apenas na conclusão relativa à comparação externa, cujos termos comparativos em discussão são as consequências jurídico-criminais (*Qp*) e todas as restantes consequências jurídicas do nosso ordenamento. É desta comparação que se poderá passar a predicar a característica como *necessária* (*única* ou *exclusiva*). A criação do critério está, por isso, dependente do resultado que se venha a obter da comparação externa.

Nestes termos, o objectivo passa agora responder à seguinte pergunta: “A gravidade do facto ilícito-típico, enquanto factor de determinação da proporcionalidade da consequência jurídico-penal, é uma característica necessária (única ou exclusiva) de todas as consequências jurídico-criminais?”.

§ 414. Como já não admirará, a resposta a esta questão assentará, de novo, num processo indutivo, porque não é aqui possível contemplar todas as consequências jurídicas. Há que levar a cabo uma escolha, pelo que há necessariamente de se enfrentar uma perda.

Neste momento, vê-se salientada a importância que o critério relativo à infracção criminal ostenta neste âmbito. As conclusões atinentes ao carácter instrumental do critério relativo à infracção acabam agora a limitar o método de abordar a resposta.

Veja-se. Se nem sequer existir a variável *c* (infracção criminal) do primeiro critério, não poderá existir a variável do segundo, que é *c'* (gravidade da infracção criminal). Logo, o âmbito de resposta deverá cingir-se às consequências jurídicas associadas a uma infracção criminal, pelo menos numa relação meramente *formal*, sendo elas: *i) indemnização por perdas e danos emergentes da prática de um crime; ii) o instituto do registo criminal; e iii) o confisco de bens*. A aplicação de todos eles tem em comum, pelo menos, a prática de uma infracção criminal como pressuposto de aplicação.

Todavia, como a proposta de critério foi formada somente com base nas consequências jurídico-criminais previstas no CP, para testar a lógica que nele opera, deve-se continuar a tê-lo como único referente de criação do critério, pelo que, neste sentido, este teste de esforço não deverá ser feito tendo como termo comparativo o instituto do *registo criminal*, já que o seu regime vem consagrado em legislação extravagante (cfr. a Lei n.º 113/2009). A sua pertinência para este estudo será evidenciada na fase em que a finalidade for a de identificar a sua natureza (não) penal, através da aplicação do critério. É precisamente com este objectivo que se aplicará o critério às modalidades de *confisco*, ficando elas também, e deste modo, afastadas deste teste de esforço.

No momento em que se concretizaram as regras a que este teste de esforço deveria estar sujeito, declarou-se que os seus resultados eram indícios da validade do objecto examinado, sendo eles designados como positivos ou negativos. No sentido de concretizar o predito, definiu-se a ordem jurídica de um Estado como o parâmetro de avaliação, variando o resultado em função do grau de desestabilização desse sistema, manifestado sob a forma de incoerência sistemática. Na sequência, só se pode apreciar uma incoerência se se tiver determinado aquilo que se considera coerente. Esta operação implica necessariamente a criação de truísmos e a construção de um raciocínio lógico que as tem como objecto. Estando nós aqui no âmbito da esfera da identificação de consequências jurídicas de normas do direito penal, foi constante a ideia de que existem consequências jurídico-criminais, de que, pelo menos, a pena e as medidas de segurança fazem parte desse grupo ou classe, e, por fim, de que existem outros ramos do direito compostos por outras consequências jurídico não criminais. Isto porque uma classificação implica a criação de classes e o conhecimento das características dos entes a classificar. Aos dias de hoje, é inquestionável que as penas têm natureza penal, bem como as medidas de segurança, razão pela qual se avançou com este truísmo essencial a este estudo. Simultaneamente, ao não se incluírem outras consequências nesta classe, está-se a confessar que, em relação às restantes, não se conhecem as suas características ao ponto de se afirmar que possuem natureza penal e, por conseguinte, de se criar um critério também em função delas. Ou seja, não parece assim tão óbvia, evidente ou banal essa circunstância, pelo que não estão reunidas condições para formar um truísmo sobre o qual assente esta teoria. Basta pensar que é o desconhecimento acerca da natureza penal do confisco das vantagens o motivo pelo qual, sem margem para dúvidas, hoje se escreve este estudo. A origem da criação do critério impede, por razões de lógica discursiva, que ele e o registo criminal sejam incluídos neste teste de esforço. Seria um acto profundamente incoerente, já que algo que é conhecido não pode ser simultaneamente desconhecido, e vice-versa. A natureza jurídica dos institutos confisco e registo criminal é, neste preciso momento, desconhecida por nós e, sendo assim, ficam eles excluídos deste teste.

Dá-se, portanto, a exclusão neste âmbito do instituto do registo criminal e do confisco essencialmente por dois motivos: no que tange ao primeiro, por razões de *coerência* de sistematização, i.e., se se afastou da base do critério disposições contidas em legislação extravagante, deve-se continuar a fazê-lo agora, de modo a ser o CP, em todas as vertentes, o farol que guia a elaboração desta proposta; em relação a ambas as consequências, por razões de ordem *subjectiva*, já que não conhecemos a natureza o registo criminal nem das várias

modalidades de confisco. Este último motivo desemboca na conclusão de que esta proposta de critério assenta também num raciocínio de ordem subjectiva.

Esta subjectividade vem confirmada na própria decisão de incluir o instituto da indemnização por perdas e danos neste teste. Na lógica que se vem seguindo, há que reconhecer que uma das premissas de que se parte é precisamente a de que também já é *inquestionavelmente*⁵¹⁸ conhecida e assente a natureza jurídica (civil) desse instituto. É este outro truísmo desta investigação.

Em suma, toda esta delimitação do âmbito de resposta deixou um único termo comparativo a utilizar nesse teste de esforço, *sc.* o instituto da indemnização por perdas e danos, do qual já foi inclusivamente anunciada a sua natureza civil. O que aqui se constata é, portanto, o facto de a resposta ao carácter necessário (único ou exclusivo) da característica que é essência desta proposta ter sido dada meramente através de uma importação de conclusões retiradas em relação ao próprio método prosseguido por razões de coerência de sistematização e de lógica argumentativa. Por outras palavras, o método de delimitação do âmbito da resposta deu, sem mais, o resultado do próprio teste de esforço.

§ 415. Esta proposta tem por objecto um critério de identificação da natureza penal de consequências jurídicas de carácter *universal e geral*, porque a sua essência, *sc.* gravidade do facto enquanto factor de determinação da proporcionalidade, é uma característica *comum* de *todas* as consequências jurídico-criminais e *necessária (única ou exclusiva)* em relação a *todas* as restantes que pertencem ao ordenamento jurídico português.

Com a predicação relativa ao carácter universal e geral, dá-se, assim, por terminada a fase de idealização desta proposta de critério de identificação da natureza penal de consequências jurídicas.

Sem embargo, dada a importância da fundamentação sobre a qual assenta esta conclusão, é razoável um regresso à análise do regime de natureza civil que é a indemnização por perdas e danos. Aqui, por tudo o que já foi avançado, não se terá como finalidade a descoberta do carácter necessário (único ou exclusivo) da característica que é essência do critério, mas sim a confirmação desse carácter.

Esta confirmação será feita através de uma repetição da fundamentação avançada no momento em que foi abordado o art. 129.º do CP. Ao mesmo tempo, este instituto - por *i)*

⁵¹⁸ Assim, MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, p. 8, “*Já quanto à indemnização por perdas e danos emergentes da prática de um crime (art. 129.º e s. do CP) trata-se, inquestionavelmente, de matéria atinente ao direito civil, não obstante o princípio de adesão que o CPP consagra (arts. 71.º e ss.)*”.

ser uma consequência jurídica cujo pressuposto de aplicação é a prática de uma infracção criminal e *ii*) por ter natureza civil – apresenta-se como um palco privilegiado para compreender o *modo de aplicação* do critério.

Ora, tendo em mente que as conclusões relativas ao modo de aplicação, tal e qual como se andou em relação ao critério relativo à infracção fazem parte da argumentação atinente ao carácter *seguro* do critério, então, para efeitos de sistematização do raciocínio operado - na medida em partilham ambas do mesmo objecto (art. 129.º do CP), e não obstante a sua utilização prosseguir finalidades distintas -, a fundamentação relativa à confirmação da universalidade do critério deve ser exposta apenas no momento da análise do carácter seguro do critério. Ou seja, não aqui, na fase de *idealização* do critério, mas sim na fase da sua *execução*.

Em síntese, a próxima apreciação do instituto da indemnização por perdas e danos será integrada na fase de execução do critério, com duas distintas finalidades, *sc.* confirmação do carácter universal e geral e descoberta do carácter seguro do critério.

§ 416. Tal como sucedeu em relação à criação do critério relativo à infracção, quando se deu por fechada a conclusão respeitante à sua fase de idealização, interessa também agora, antes da sua fase de execução, percorrer a fase de *denominação* do critério relativo à consequência e expor o silogismo que o mesmo implica.

Sendo a gravidade do facto a única variável (c') da fórmula a corresponder com as consequências jurídico-penais (Qp), o seu conceito não deve fugir do conteúdo daquela variável. Por razões de ordem prática, e como se andou em relação ao critério relativo à infracção, o conceito não deve coincidir com o seu significado, pelo que nele não será incluída a função que a variável desempenha no interior da consequência jurídica. No seguimento, a finalidade da criação deste conceito é atingida se ele for denominado de *critério da gravidade do facto*.

Dão-se assim por terminadas a fase da *idealização* e a fase da *denominação* do *critério da gravidade do facto*.

Por fim, deixa-se o silogismo do *critério da gravidade do facto*:

- i*) Todas as consequências jurídicas de natureza penal têm a *gravidade do facto* (c') como factor de determinação da sua proporcionalidade (f^p) (premissa maior);
- ii*) A consequência jurídica x tem/não tem a *gravidade do facto* (c') como factor de determinação da sua proporcionalidade (f^p) (premissa menor);

iii) Logo, a consequência jurídica *x* tem/não tem natureza penal (conclusão).

2.3. O carácter *seguro*

§ 417. Como anunciado, antes de se partir para a fase da execução do critério, mais concretamente para a avaliação do seu carácter *seguro* (a última característica ainda por apurar), pretende-se confirmar o seu carácter universal e geral, através de argumentos já utilizados no momento em que foi analisado o regime jurídico do instituto da indemnização por perdas e danos.

O principal argumento adiantado para sustentar que a natureza jurídica deste instituto é civil foi de cariz positivista-legalista, reduzindo-se à mera enunciação do disposto no art. 129.º do CP, nos termos do qual “A indemnização de perdas e danos emergentes de crime é regulada pela lei civil.” A natureza jurídica é civil porque o Estado assim entendeu e, se aqui o objecto de sistematização é o seu ordenamento jurídico, então deve-se cristalizar esta premissa de acordo com esta própria sistematização.

Porém, para além deste argumento, adiantou-se um outro que nasceu de uma conclusão fornecida por Figueiredo Dias. Segundo o Autor, o critério do art. 34.º, § 2.º, do CPP de 1929 previa que a determinação do montante da indemnização não era apenas o critério do dano, já que aquela disposição mandava atender, em primeira linha, à gravidade da infracção. Esta argumentação representa implicitamente esta proposta de critério (factor de determinação da medida da consequência) antes de ela ser refinada para factor de determinação da proporcionalidade da consequência. Por consequência desta linha de argumentação, levou-se a cabo uma dedução do entendimento do Autor, que consubstanciou o outro argumento para apontar a natureza não penal deste instituto, mais concretamente: se, de acordo com o art. 483.º do CC, a gravidade do facto não é factor de determinação da medida da indemnização, então, a sua natureza não era penal. Assim, como anunciado aquando do surgimento da frustrante conclusão, este critério aqui utilizado assenta numa característica que não é comum a todas as consequências jurídico-criminais, não se apresentando, por isso, como um critério válido para justificar a natureza (não) penal do instituto da indemnização por perdas e danos.

O argumento utilizado aqui para afastar a atribuição de natureza penal deste instituto será a conclusão final da aplicação do *critério da gravidade do facto* a este instituto. Para tal, é chegado o momento de conhecer o *modo de aplicação* deste critério, que se apresenta como a finalidade atribuída à próxima exposição.

§ 418. Possuindo como objecto de aplicação do critério a indemnização por perdas e danos do art. 483.º do CC, de acordo com a premissa menor do silogismo que aquele contém, a pergunta a erigir é a seguinte: “O instituto da indemnização por perdas e danos do art. 483.º do CC tem a gravidade do facto (c') como factor de determinação da sua proporcionalidade?”

O processo de aplicação do *critério da gravidade do facto* começa quando termina o processo de aplicação do *critério da privação da liberdade*, que é seu pressuposto de aplicação. Para conhecer o modo de aplicação do *critério da gravidade do facto* há que necessariamente partir da premissa de que a consequência jurídica é aplicada na sequência de uma violação de uma infracção criminal, i.e., que o instituto da indemnização por perdas e danos do art. 483.º do CC preencheu os requisitos do *critério da privação da liberdade* ($c \leftrightarrow f \wedge \#$). Na medida em que a finalidade, aqui e agora, é meramente a de conhecer o modo de aplicação do *critério da gravidade do facto* e não propriamente a de se declarar qual é a natureza penal desta consequência, torna-se desnecessário aplicar agora o *critério da privação da liberdade* sobre aquela disposição. No seguimento, partir-se-á do pressuposto de que os requisitos deste último critério se preencheram e de que, portanto, o pressuposto de aplicação do *critério da gravidade do facto* está verificado.

§ 419. O *método de aplicação* do critério da gravidade do facto começa com a *identificação da consequência jurídica* cuja natureza criminal se pretende identificar, que, neste caso concreto, é a indemnização por perdas e danos da disposição supramencionada.

De seguida, faz-se a seguinte pergunta: “Quais os factores de determinação da proporcionalidade da consequência jurídica em análise?”.

Para iniciar o processo de resposta, deve-se *proceder à identificação das normas* onde vêm expressos esses factores. A experiência trazida do estudo das penas e das medidas de segurança previstas no CP indica que importa, primeiramente, apreciar se uma consequência envolve a determinação de uma sua concreta medida ou *quantum* (e.g. pena, medida de segurança não privativa da liberdade, confisco), ou se, pelo contrário, a sua forma é única e exclusivamente fixada pelo legislador (e.g., medida de segurança de internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica). Em caso afirmativo, se a consequência puder ser dimensionada, conclui-se que, à partida, devem existir factores de determinação da sua medida, bem como factores de determinação da sua proporcionalidade.

Bem vistas as coisas, todos os factores de determinação de uma medida serão também factores de determinação da proporcionalidade da consequência, sob pena de se verificar uma insustentável incoerência. A ideia de *teste* ou *controlo* da proporcionalidade envolve uma análise crítica do cumprimento e concretização das regras que deveriam ter presidido à determinação da medida de uma consequência. Isto significa que este juízo de proporcionalidade implica necessariamente a idealização de uma consequência jurídica proporcional, de acordo com as regras relativas aos factores de determinação, que depois servirá de termo comparativo na avaliação da proporcionalidade da consequência testada. Assim, todos os factores de determinação da medida de uma consequência são factores de determinação da sua proporcionalidade, embora o contrário não seja verdade, já que estes últimos podem existir mesmo quando associados a consequências que não envolvem a determinação de um *quantum* (por ex., a medida de segurança privativa da liberdade prevista no art. 91.º do CP).

Deste modo, a resposta à pergunta poderá assentar unicamente sobre normas que digam respeito aos factores de determinação da medida da consequência, ou unicamente sobre normas onde se prevejam factores de determinação da proporcionalidade, ou até sobre ambos os conjuntos, em jeito de reforço de argumentação.

Em caso negativo, ou seja, se a consequência em análise não envolver a determinação de uma sua concreta medida ou *quantum*, não haverá normas onde se consagrem factores de determinação da medida da consequência, pelo que, se o argumento se quiser elaborar com base numa concreta norma, apenas sobrarão aquelas relativas a factores de proporcionalidade que serão susceptíveis de fundamentar o preenchimento da premissa menor do silogismo (como sucedeu em relação à medida de segurança privativa da liberdade ínsita no art. 91.º do CP).

§ 420. Após a (não) *identificação das normas* onde constam os factores de determinação da medida, segue-se a fase da *identificação dos factores de determinação da proporcionalidade*.

Este momento é notoriamente mais complexo do que o anterior, como se comprova através do art. 71.º, n.º 2, do CP, onde se procede a uma enumeração, de forma exemplificativa, de vários factores de determinação da medida da pena. É precisamente o facto de a enumeração ser exemplificativa que sustenta a ideia de que podem existir factores que não estejam expressamente previstos numa norma. O que daqui brota é a ideia de que a não consagração expressa da *gravidade do facto* enquanto factor de determinação da proporcionalidade não significará necessariamente que ela não desempenhe esta função

específica.

Imagine-se, por ex., que a técnica legislativa na redacção do art. 100.º, n.º 1, do CP havia sido assim: “Quem for condenado por crime cometido com grave abuso de profissão, comércio ou indústria que exerça, ou com grosseira violação dos deveres inerentes, ou dele for absolvido só por falta de imputabilidade, é interdito do exercício da respectiva actividade quando houver fundado receio de que possa vir a praticar outros factos da mesma espécie.” Como rapidamente se verifica, a alteração que aqui operada consistiu unicamente na supressão da parte relativa ao modo de determinação do “fundado receio”, mais concretamente da parte “em face do facto praticado e da personalidade do agente”. Neste caso hipotético, nem por isso se deveria concluir que a gravidade do facto não era um factor a equacionar no momento do preenchimento do requisito “perigosidade criminal do agente” (“houver fundado receio de que possa vir a praticar outros factos da mesma espécie”). Nos casos em que existir esta dúvida, um modo que pode auxiliar na sua resolução é a análise das normas relativas aos factores de determinação da proporcionalidade da consequência. Na sequência, dada a remissão para o art. 40.º, n.º 3, do CP, rapidamente se verificaria que a gravidade do facto é um dos factores de determinação da proporcionalidade e de determinação da sua medida, já que esta consequência implica a determinação de uma medida concreta.

Todavia, para dificultar esta tarefa, pense-se ainda na hipótese segundo a qual, nesta última disposição, o único referente da proporcionalidade era a “perigosidade do agente”. Se assim fosse, era evidente a inexistência de uma menção expressa à gravidade do facto enquanto factor de determinação da proporcionalidade desta consequência. Assim, se já se sabe que este circunstancialismo não desemboca necessariamente na conclusão de que a gravidade do facto não é factor de determinação, então a fundamentação da resposta à pergunta ínsita na premissa menor do silogismo deve consistir numa interpretação hermenêutico-teleológica do regime da consequência em análise, de forma a compreender se, ainda assim, é possível sustentar que a gravidade do facto é factor de determinação da proporcionalidade. Neste caso concreto, por conseguinte, dever-se-ia passar à interpretação da expressão “perigosidade do agente”. Se o regime fosse apresentado desta forma, não haveria hesitação em defender que um juízo de perigosidade de um agente deve envolver uma análise do facto ilícito-típico praticado pelo agente que desencadeia a aplicação desta consequência, porque um dos pressupostos de aplicação é o fundado receio de que o agente possa vir a praticar *outros* factos da mesma espécie. Quer isto indicar que a perigosidade é de cariz criminal, o que força o entendimento de que a gravidade do facto é factor de

determinação da proporcionalidade. Pensar na perigosidade criminal de um agente sem pensar no crime que o agente acabou de cometer parece não só não apresentar muito sentido, como é de difícil concretização, já que parece ser imediato o seu aparecimento na linha de pensamento.

A questão de maior dificuldade de resolução não seria esta, mas sim uma a jusante, qual seja a de saber se a gravidade do facto seria um factor de determinação da proporcionalidade autónomo em relação à perigosidade criminal do agente. De acordo com a hipótese colocada e com o argumento utilizado para defender a autonomia deste factor, de acordo com o art. 40.º, n.º 3, do CP, defender-se-ia aqui a não autonomia, precisamente porque o Estado só teria previsto expressamente a “perigosidade do agente” e não a “gravidade do facto” e a “perigosidade do agente”, como faz hoje em dia nesta disposição. Contudo, esta questão da autonomização dos factores desinteressa na resposta à premissa menor do silogismo. Para esta é suficiente a conclusão de que a gravidade do facto, neste caso hipotético, não poderia deixar de ser um factor de proporcionalidade desta consequência.

Qualquer que fosse o sentido da resposta, é manifesto como o processo da sua criação tem necessariamente um cariz subjectivo.

§ 421. Este caso apresenta-se, então, como um teste de esforço relativo ao carácter seguro do critério, sendo que os resultados deste teste não podem deixar de ser também subjectivos. Embora não seja um argumento válido para esta fundamentação, a primeira ideia que se apresenta é a de que esta subjectividade é de um grau menor em relação, por ex., à envolta na aplicação do segundo e terceiro critérios *Engel*. Não quer isto mostrar, porém, que este critério supere positivamente este teste.

No entanto, o entendimento aqui seguido é o de que o critério implica uma subjectividade de grau sustentável ou tolerável, ao ponto de não afectar os níveis mínimos exigidos relativos à eficácia da sua aplicação. Tal como o critério da privação da liberdade, o silogismo não é composto por conceitos indeterminados como sejam “punir” ou “severamente”, mas sim por um tipo de conceitos que não deixam dúvidas daquilo que o silogismo evoca. Aqui o problema da subjectividade dá-se num momento a jusante do apuramento do significado dos conceitos. A pergunta que o preenchimento da premissa menor do silogismo faz surgir tem a sua resposta no regime jurídico legislado que deve ser sujeito a uma interpretação. A dificuldade que se pode enfrentar parece ser semelhante àquela quando se quer saber quais são os requisitos de aplicação de uma consequência, qual o seu

âmbito de aplicação, qual a sua duração, quais os meios de prova e de obtenção de prova, enfim, todo um conjunto de perguntas que está intimamente relacionado com um concreto regime jurídico que carece de observação e, por conseguinte, de interpretação. É certo que poderá haver diferentes interpretações, contudo, a vivência empírica mostra que a fundamentação constante nessas respostas não raras vezes assenta numa argumentação composta por preceitos legais. Defender o carácter inseguro e, por isso, inválido do critério teria o efeito necessário de impedir a criação de um critério de identificação da natureza penal de uma consequência que, pelo menos, assentasse em perguntas tão subjectivas como aquelas que este critério implica. No fundo, estar-se-ia talvez a reconhecer que, afinal de contas, só existe espaço no ordenamento jurídico para critérios objectivos. Talvez esta relativização com outras hipóteses e com o dia-a-dia possa ser suficiente para que se admita um espaço de subjectividade de um grau que não impossibilite a prossecução daquela finalidade. O entendimento aqui seguido é o de que existe subjectividade na operação de concretização da premissa menor do silogismo, mas não num grau que o torne ineficaz ou incapaz.

Em suma, das fases do modo de aplicação do critério da gravidade do facto conhecidas até ao momento deve-se concluir que este critério tem um carácter *seguro*. Todavia, um argumento que deve ser utilizado para comprovar a conclusão anterior deve ser aquele que se detém na (não) dificuldade da aplicação do silogismo a um caso concreto. Neste sentido, continue-se a aplicação deste critério à indemnização por perdas e danos, de forma a verificar o quão custosa é esta tarefa.

§ 422. A primeira fase de identificação da consequência dá-se com a análise do art. 483.º, n.º 1, do CC onde vêm expostos os seus pressupostos de aplicação. São eles o facto ilícito e os danos resultantes da violação da infracção.

Sem mais, não existem elementos suficientes para saber se esta é uma consequência cuja aplicação envolve a determinação de um *quantum*, já que, por absurdo, ainda se poderia admitir a possibilidade de, não obstante o grau do dano, a indemnização consistir num montante previamente determinado pelo legislador. A confirmação de que, de facto, a medida desta consequência não é sempre a mesma é feita pelo art. 564.º do CC, cuja epígrafe é “Cálculo da indemnização”. Se é calculada, pode ter várias medidas. Não se tarda em identificar a norma onde devem estar contidos os factores de determinação da sua medida. Parta-se, então, para a identificação dos factores de determinação da proporcionalidade.

Nos seus termos (n.º 1) “O dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão”; (n.º

2) “Na fixação da indemnização pode o tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis; se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior.”

Da análise desta norma, identificam-se factores de determinação do *quantum* de indemnização e conclui-se que têm todos que ver com o dano, que é um dos pressupostos de aplicação desta consequência. Se assim é, quanto ao outro, *sc.* facto ilícito, a sua gravidade não é um dos factores incluídos nesta norma nem numa outra relativa a este cálculo que faça parte do regime deste instituto. Sem embargo, como advertido, não quer isto significar ainda que já se possa formar a decisão final sobre o preenchimento da premissa menor do silogismo, dado que, na lógica do art. 71.º, n.º 2, do CP, há ainda a possibilidade de a gravidade do facto, enquanto factor de determinação da proporcionalidade, ser retirada de uma interpretação hermenêutico-teleológica do art. 564.º do CC ou de outra norma. Parece que não há grande margem para duvidar que uma característica em comum de todos esses factores é a circunstância de estarem todos ligados a um dano na esfera do lesado. Por ex., de acordo com o art. 71.º, n.º 2, do CP, dos factores aí elencados extraímos que esta exemplificação dizia toda ela respeito ao referente único que era o facto ilícito-típico. Se se pretendesse acrescentar um factor aos já enumerados, aquilo que se exigiria era, pelo menos, que se mantivesse a linha condutora da enumeração.

Se dúvidas houvesse sobre qual o espírito que impera no art. 564.º do CC, o princípio geral deste instituto, previsto no art. 562.º do CC, elimina qualquer possibilidade de se considerar que a gravidade do facto é um factor que faz parte do cálculo da indemnização ou do juízo da proporcionalidade da indemnização. Nos termos deste preceito, a função que este instituto parece desempenhar é a de reparação de um dano, o que indica que a interpretação hermenêutico-teleológica do art. 564.º do CC, com vista a saber se a gravidade do facto é outro dos factores, deve ser feita de acordo com o art. 562.º do CC. Ora, se, pelos vistos, a existência da indemnização se deve à necessidade de reparar um dano, não se deixa de avançar que a interpretação da gravidade do facto como factor de cálculo da indemnização seria destituída de sentido, pelo simples motivo de que é um dano no lesado que se quer reparar e nada mais.

Por tudo isto, a interpretação a seguir é a de que a gravidade do facto não é factor de determinação do cálculo da indemnização. Por esta via, não se pode concluir que a premissa menor do silogismo do critério esteja preenchida.

Para terminar este processo é necessário ainda procurar por normas onde possam estar incluídos os factores de determinação da proporcionalidade.

No caso concreto, o legislador utilizou uma técnica semelhante àquela e, para além de elencar factores relativos ao cálculo, avançou ainda com o factor que comanda o teste de proporcionalidade, como se retira do art. 562.º do CC. Segundo esta disposição, um dano só se considera reparado se reconstituir “a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.” É manifesto como o referente autónomo do juízo de proporcionalidade é unicamente o *dano*, ocupando sozinho o prato da balança a comparar com o outro, onde assenta a concreta indemnização calculada. O dano é o único critério ou factor de determinação da proporcionalidade deste instituto. Neste sentido, uma indemnização será desproporcional se não for idêntica ao dano, nem mais, nem menos. Ou seja, uma indemnização será desproporcional se não “reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. A principal dificuldade está apenas em quantificar o dano provocado pelo agente que sofre esta consequência, já que o raciocínio que se lhe segue é quase automático, que consiste em decidir (o modo de) reconstituir. Toda a indemnização que não reconstitua a situação que existia antes do dano é uma consequência desproporcional. Se assim é, desinteressa em absoluto fazer depender a proporcionalidade desta consequência da gravidade do facto, pelo que é forçosa a conclusão final segundo a qual a gravidade do facto não é factor de determinação da proporcionalidade do instituto da indemnização por perdas e danos.

Após a resposta à pergunta que a premissa menor do silogismo acarreta, o modo de aplicação do critério termina com a sua última fase, a *conclusão final*: a indemnização por perdas e danos, prevista no art. 483.º do CC, não tem natureza penal (conclusão), porque a gravidade do facto, embora desempenhe a função de pressuposto de aplicação deste instituto, não é factor de determinação da proporcionalidade da consequência (premissa menor).

§ 423. Nota-se que este instituto que foi alvo da aplicação do critério da gravidade do facto acabou por se revelar um valioso teste de esforço. Não só porque se acaba de confirmar que o critério apresentou um resultado (natureza não penal) no mesmo sentido da sistematização do legislador (art. 129.º do CP), como também porque servirá ele, de seguida, para justificar o seu carácter *seguro*. Mas justifica-se ainda a sua importância, para estes efeitos, pela circunstância de ele se apresentar como um dos casos de maior dificuldade de aplicação do critério, pelo motivo de que a gravidade do facto, não vindo expressa em nenhuma norma, obriga a que a justificação do (não) preenchimento da premissa menor do silogismo seja mais complexa. Pelo modo de funcionamento do critério, se a gravidade do facto estiver expressamente vertida numa norma, a fundamentação atinente àquela premissa é

notoriamente mais simples. Basta apontar a norma relativa aos factores de determinação da medida ou da proporcionalidade onde está expressamente prevista a gravidade do facto como um dos factores. Quer isto significar que, de acordo com o critério, será menos complexa a fundamentação relativa à conclusão de que uma consequência é penal do que a contrária, i.e., não é penal.

Independentemente da validade desta interpretação que sustenta a conclusão final, o caminho percorrido no âmbito do regime da indemnização por perdas e danos não conviveu com uma movediça subjectividade susceptível de tornar esse percurso insustentável. A reforçar esta convicção deve juntar-se o argumento de quantidade consubstanciado no facto de também não se ter conhecido problemas de maior quando se verificou o preenchimento da premissa menor do silogismo em relação ao caso hipotético criado através da alteração do disposto no art. 101.º, n.º 1, e 40.º, n.º 3, ambos do CP.

Falar sobre subjectividade envolve raciocínios também eles subjectivos, sobre os quais está assente, por tudo isto, a conclusão de que o critério da gravidade do facto tem carácter seguro, revelando-se, portanto, eficaz na prossecução da identificação da natureza penal de consequências jurídicas.

§ 424. Apresente-se a síntese do *método de aplicação* do critério da gravidade do facto.

Num primeiro momento, *identifica-se a consequência jurídica* sobre o qual incidirá o critério.

Num segundo momento, *identificam-se as normas relativas aos factores de determinação da medida da consequência*, com o fim de verificar se a gravidade do facto (*c'*) é um desses factores. Em caso afirmativo, forma-se a *conclusão final* de que a consequência tem natureza penal, porque todos os factores de determinação da sua medida são factores de determinação da sua proporcionalidade.

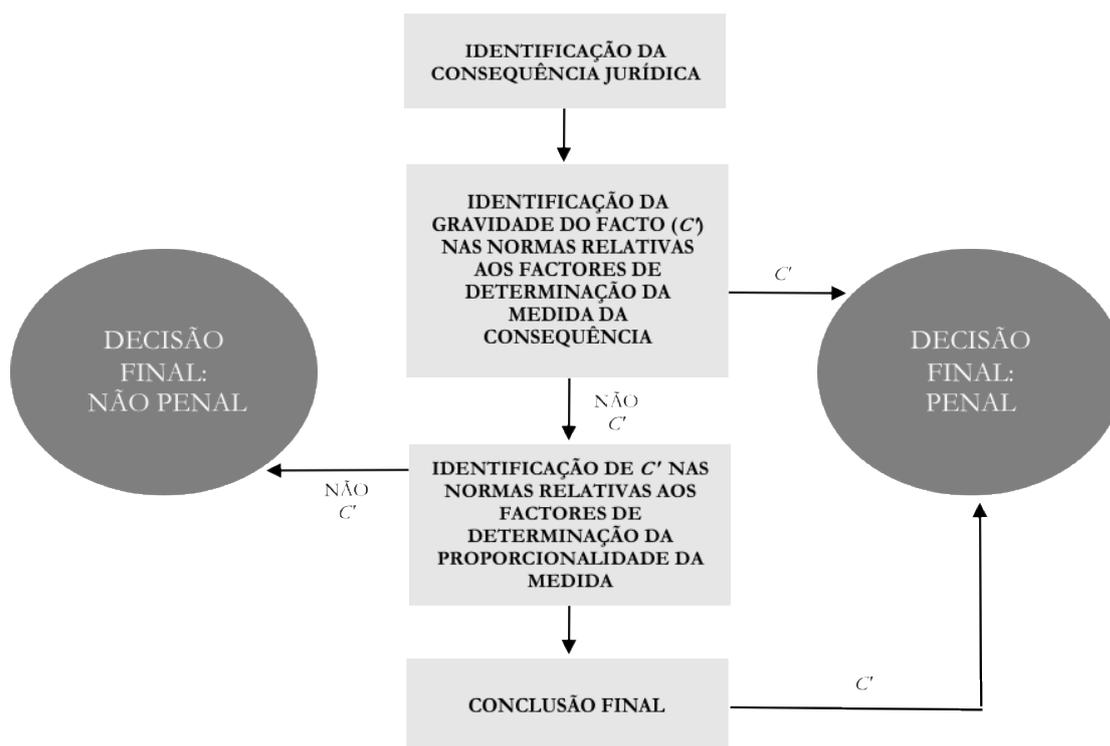
Em caso negativo, prossegue-se o processo de aplicação do critério através da *identificação das normas relativas aos factores de determinação da proporcionalidade da consequência*, de novo com o mesmo objectivo de encontrar a variável *c'*. Em caso afirmativo, a *conclusão final* é a de que a consequência tem natureza penal. Se não existirem normas relativas à determinação da proporcionalidade da consequência ou se, existindo, nelas não se incluir expressamente aquela variável, deve proceder-se a uma interpretação hermenêutico-teleológica das normas que compõem o regime jurídico da consequência jurídica, que servirá de fundamentação da *conclusão final* do processo de aplicação do critério. Se se concluir que a gravidade do facto é um factor (autónimo ou não) da determinação da proporcionalidade, a

consequência terá natureza penal. Senão, não terá natureza penal.

Com a *conclusão final*, desfecha-se a segunda trajectória do *efeito bumerangue*: da (natureza) da infracção conhece-se a natureza da consequência jurídica.

§ 427. O *modo de aplicação* do critério relativo à identificação da natureza penal de uma consequência jurídica pode ser representado através do seguinte diagrama:

Diagrama do método de aplicação do critério da gravidade do facto ($Qp \leftrightarrow f^p(c')$)



§ 426. A pergunta de estudo conhece agora a sua resposta: para identificar a natureza penal de uma consequência jurídica pode-se utilizar o *critério da gravidade do facto*, porque, assentando numa *racionalidade adequada*, é um critério *universal, geral e seguro*.

Tal como o critério da privação da liberdade, o critério da gravidade do facto é um critério formal e nomoestático. A sua criação foi feita com base na fotografia tirada ao CP português vigente, gerando-se assim a ideia de permanência (e não de movimento) através do isolamento deste objecto apreciado de acordo com princípios de estática e não de dinâmica.

Esta característica em comum entre as duas propostas de critério desemboca na

comunhão do mesmo risco a que estão sujeitos. A validade dos critérios está dependente das premissas sobre os quais estão assentes, pelo que qualquer alteração sofrida pelo dinâmico direito penal ao ponto de alterar uma daquelas premissas é susceptível de afastar o seu carácter universal. Se esta circunstância vier a conhecer a luz do dia, deverá ser outro o critério universal, geral e seguro a aplicar quando se pretender identificar a natureza penal de consequências jurídicas no ordenamento português.

§ 427. As penas (designadas pela variável p) e as medidas de segurança (designadas pela variável ms) do nosso CP foram os casos paradigmáticos ou referentes do conceito “consequência jurídico-penal” que flanqueiam do lado esquerdo o símbolo de equivalência (\leftrightarrow) da fórmula do critério de identidade. Do seu lado direito está o concreto critério de identidade ($Rfms$) que é formado pela característica essencial e necessária (única ou exclusiva) que é comum às penas e medidas de segurança: $f^p(c')$.

Assim sendo, a fórmula que representa o critério de identidade do conceito “consequências jurídico-criminais” desta investigação, na forma “*one-level*”, é a seguinte:

$$\forall p \forall ms (p = ms \leftrightarrow Rf^p(c'))$$

Dá-se assim por terminada a *fase de execução do critério da gravidade do facto*, representado pela fórmula: $Qp \leftrightarrow f^p(c')$.

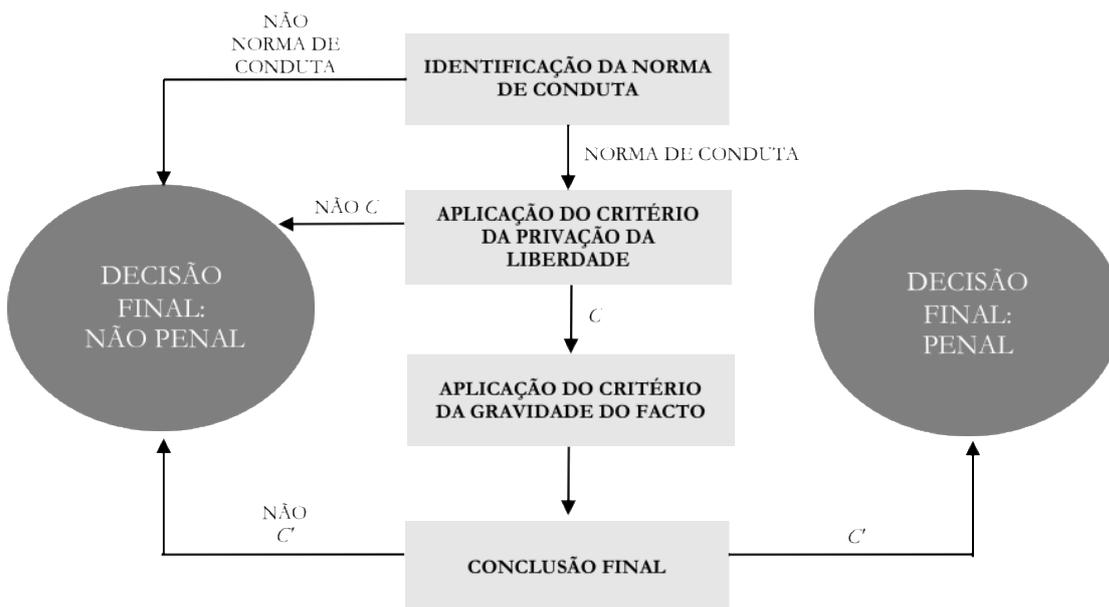
§ 428. Em suma, para identificar a natureza penal de uma consequência jurídica, deve-se primeiramente aplicar, nos termos do seu *modo de aplicação*, o *critério da privação da liberdade* ($c \leftrightarrow f \wedge \#$). Se a conclusão final desse processo consistir na declaração da natureza penal da infracção, estará preenchido este critério e, por conseguinte, o pressuposto de aplicação do *critério da gravidade do facto*. Na sequência, e de acordo com o seu *modo de aplicação*, deve-se aplicar este critério relativo à consequência ($Qp \leftrightarrow f^p(c')$) que ditará, na *conclusão final*, se esta tem ou não tem natureza penal.

São estas as conclusões relativas à *segunda camada* da resposta atinente à natureza penal de uma consequência jurídica no ordenamento jurídico português. São estes os *motivos da conclusão* de uma resposta relativa à identificação dessa natureza. Está assim criado o *método de identificação*.

Este método de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica pode, então, ser resumido assim: *i) identificação da norma de conduta; ii) aplicação do critério da privação da liberdade ($c \leftrightarrow f \wedge \#$); iii) aplicação do critério da gravidade do facto ($Qp \leftrightarrow f^p(c')$); e iv) conclusão final (natureza penal ou natureza não penal). Este método pode ser representado através do seguinte diagrama:*

Diagrama do método de identificação da natureza penal de consequências jurídicas

$$((c \leftrightarrow f \wedge \#) \wedge (Qp \leftrightarrow f^p(c')))$$



§ 429. Resta apenas fechar com as conclusões relativas à *primeira camada* de uma resposta atinente à natureza penal de uma consequência jurídica. Seguirá ela um de dois sentidos possíveis:

- i) a consequência jurídica tem natureza penal;
- ii) a consequência jurídica não tem natureza penal.

O seu sentido coincidirá com o dos *motivos da conclusão final*, ou seja, será idêntico à *conclusão final* do método de identificação, que conforma a *segunda camada* da resposta. Assim, na sequência da aplicação de um processo lógico-dedutivo, se o *critério da gravidade do facto* se mostrar preenchido, o sentido da *conclusão final* será automaticamente o de que a consequência

jurídica tem natureza penal; se não for preenchido, o sentido da *conclusão final* será o de que a consequência jurídica não tem natureza penal.

página intencionalmente deixada em branco

PARTE III
A APLICAÇÃO DO MÉTODO

Capítulo V

O Método Aplicado ao Registo criminal, ao Confisco clássico e à Perda alargada

1. Objectivo, método e salvaguardas

§ 430. O estudo das modalidades de confisco esteve na origem da pergunta de estudo. No momento da sua despedida, anunciou-se que o reencontro se daria no final da investigação. Por tudo isto, este instituto seria aqui o ponto de partida, mas também o ponto de chegada. Entra-se agora na recta final desta investigação, o que significa, portanto, que está na hora desse esperado reencontro.

De forma a relembrar os objectivos desta Parte III, recapitule-se o movimento da investigação operado sobre a tripartida estrutura edificada a partir da análise do conjunto de respostas nacionais acerca da natureza jurídica do confisco de vantagens.

Da terceira camada saiu-se com a seguinte e abreviada conclusão: o critério de identificação da natureza penal das consequências jurídicas, partindo de uma *racionalidade adequada*, deve ser *universal, geral e seguro*, devendo, para tal, assentar numa característica *essencial e necessária (única ou exclusiva)* de todos os seleccionados casos paradigmáticos de consequências jurídico-criminais, *sc.* pena e medidas de segurança do CP. Passados para o plano intermédio, edificou-se o critério de identificação da natureza penal de consequências jurídicas para o ordenamento jurídico português: o *critério da gravidade do facto* ($Qp \leftrightarrow f^p (c')$). Determinou-se ainda que a sua aplicação está dependente do preenchimento do seu pressuposto de aplicação, *sc.* o *critério da privação da liberdade* ($c \leftrightarrow f \wedge \#$). Para além disso, no cumprimento do objectivo relativo ao seu *modo de aplicação*, criou-se para cada um destes critérios um método de aplicação. Do conjunto de ambos formou-se aquele que é *um método de identificação da natureza penal de consequências jurídicas* pertencentes ao ordenamento jurídico português.

Do método inculcado à investigação - da terceira até à primeira camada - gerou-se a ideia de que o resultado deste percurso poderia ser visto sob a forma de um silogismo: da terceira e segunda camadas sairia a premissa maior do nosso silogismo e o modo de preenchimento da premissa menor, enquanto da primeira camada sairiam as conclusões da

aplicação do método sobre casos concretos. Na verdade, a resposta à pergunta de estudo esgotou-se com a criação dessa premissa maior e na edificação do método da sua aplicação. Contudo, se o objectivo da presente investigação é o de saber *como* se identifica a natureza penal de uma consequência jurídica no ordenamento português, então para além de se dizer, deve-se *mostrar* como se faz, aplicando o critério. Foi precisamente por isso que, desde logo, foi anunciado que a aplicação que se viesse a fazer do critério teria uma finalidade meramente explicativa.

Por conseguinte, fica assim exposto o objectivo desta Parte III: mostrar como se aplica o critério, aplicando-o.

§ 431. Antes de se partir para a prática dos actos tendentes a cumprir este objectivo, adiante-se o método a aplicar nesta Parte III.

Da Parte I e Parte II formaram-se dois silogismos, um respeitante ao *critério da privação da liberdade* e outro ao *critério da gravidade do facto*, que consubstanciam o caminho relativo à identificação da natureza penal das consequências jurídicas na ordem jurídica portuguesa.

Assim sendo, se o objectivo é aplicar esses silogismos a casos concretos, então o método desta Parte III consistirá na formação e resolução de concretos silogismos cuja premissa maior será a desses critérios e a premissa menor variará em função da concreta consequência jurídica.

Foi no momento em que terminou a fase de idealização do critério da gravidade do facto que foram anunciados os institutos que seriam alvo da concreta aplicação do método, *sc.* o instituto do registo criminal e modalidades de confisco de bens. Sem embargo, foram eles referidos de modo superficial, precisamente por se considerar que era este o momento adequado para o fazer. Concretizando essas ideias anteriores, os objectos sobre os quais se aplicarão os critérios serão os seguintes: o registo criminal previsto na Lei n.º 37/2015; a perda de instrumentos (art. 109.º do CP); a perda de produtos e vantagens (art. 110.º do CP); a perda de instrumentos, produtos ou vantagens pertencentes a terceiro (art. 111.º do CP); a perda alargada (Lei n.º 5/2002). No nosso ordenamento jurídico, são estas as consequências jurídicas, aplicadas num processo penal, de que não conhecemos a natureza jurídica, como resultou do truísmo sobre o qual se iniciou a construção do método, *sc.* as penas e as medidas de segurança do CP têm natureza penal.

O método a seguir nesta Parte III consistirá na aplicação, sobre cada uma daquelas consequências jurídicas, do método representado no *Diagrama III*, que é constituído pelos

métodos vertidos no *Diagrama I* e no *Diagrama II*, referentes à aplicação do critério da privação da liberdade e do critério da gravidade do facto, respectivamente.

§ 432. É precisamente a específica finalidade explicativa do método de identificação criado que justifica que o método desta Parte III seja assim, atirando, conseqüentemente, para fora destas considerações as conclusões de terceiros sobre a natureza jurídica das conseqüências a estudar.

A pergunta de estudo circunscreve-se ao método de identificação da natureza penal de conseqüências jurídicas e não directamente ao resultado da aplicação desse método, i.e., à (não) natureza penal de certas conseqüências. A tarefa a realizar aqui mostrará como, de facto, as conclusões relativas à natureza penal do registo criminal ou daquelas modalidades de confisco servirão apenas para explicar como se aplica o método e nada mais do que isso, ou seja, não será a obtenção dessas conclusões um fim em si mesmo, desempenhando elas, sim, um papel meramente instrumental na prossecução dessa finalidade.

Que não se veja este papel secundário das conclusões relativas à natureza penal destas conseqüências jurídicas como um sinal da baixa relevância que elas possam assumir. Longe daqui está essa ideia. Se assim fosse, também o relevo do método de obtenção dessas conclusões sofreria um enorme impacto. Em termos absolutos, não restam dúvidas de que os efeitos ou conseqüências dessas decisões finais são deveras importantes. Para tal basta lembrar que foi a partir delas que foi iniciado o caminho até ser criada a pergunta de estudo. Porém, a referência era feita em termos relativos, e desta perspectiva, de facto, as conclusões finais dos silogismos não se assumirão relevantes, precisamente por causa da finalidade inculcada à elaboração desta Parte III. Com rigor, na verdade, essas conclusões finais são importantes, porque são prova de que o método fluiu, não tendo ficado retido na premissa maior ou na premissa menor do silogismo dentro do qual operou. É concretamente o *sentido* daquelas conclusões que carece de relevância para esta investigação, pelo que, para efeitos da resposta à questão de estudo, pouco interessará que se tenha chegado à conclusão de que uma modalidade de confisco tem ou não tem natureza penal.

O que tudo isto demonstra é a ideia de que o mérito deste método não deve estar directamente dependente dos resultados relativos à natureza jurídica que dele se obtenham. Eles não deverão ser utilizados como fundamento da invalidade do método, mas, quando muito, como indícios da invalidade do método. Foi até neste sentido que se andou quando foram analisados os critérios ditos inválidos pelo não cumprimento do requisito respeitante à universalidade. Os argumentos tendentes a derrubar uma teoria relativa ao método deverão

ser colhidos na segunda ou na terceira camada da resposta, ou seja, nas fases da edificação do critério e do seu modo de aplicação. Vendo bem, um argumento que pretenda derrubar uma teoria como a desta investigação e que assente no resultado do silogismo, na verdade, parece estar intimamente relacionado com os truísmos que formarão a base de toda a teoria criada. O que daqui se retira, então, é o facto de a teoria avançada e o argumento que a pretende derrubar partilharem do mesmo risco, já que ambas partirão de truísmos que, por regra, são fruto de raciocínios indutivos. Assim sendo, deverá ser precisamente no método seguido pela teoria e no método seguido pelo argumento contrário que se conseguirá medir as forças das contrapostas argumentações.

§ 433. Por esta ordem de ideias, parece então que a discordância relativa à natureza penal de uma consequência jurídica poderá ter por base a utilização de um critério de identidade distinto ou a obtenção de um resultado distinto através da utilização do mesmo critério.

Naquele primeiro caso, a argumentação, só por si, não serve para derrubar a teoria que chegou à conclusão contrária, já que não tem de haver só um critério apto a validamente identificar a natureza penal de uma consequência jurídica. Portanto, para se defender a utilização de outro critério ter-se-á de recorrer a fundamentos pertencentes à segunda e terceira camadas da questão, às quais não pertencem as conclusões finais sobre a natureza da consequência. É este, por ex., o caso de uma crítica que assente em truísmos distintos, como assinalado.

No segundo caso, se se utilizou o mesmo critério e se se obteve um resultado diferente, a única crítica em jogo dirá respeito ao concreto modo de aplicação do critério, já que o critério utilizado foi idêntico. Assim, a discordância poderia dizer respeito ao abstracto método de aplicação do critério, por, por ex., se discordar da sua tramitação. Nesta hipótese, a crítica partiria de um argumento referente à segunda camada da teoria, dado que estaria ligado ao método de aplicação do critério. Outra hipótese de dessintonia poderia ser aquele caso em que se discordasse da concreta aplicação do método que se levou a cabo e que deu origem a um resultado distinto, por, por ex., existirem diferentes opiniões relativas às operações de hermenêutica que o mesmo implica. Se se vir bem, se fosse este o caso, não se estaria a atacar a teoria de identificação da natureza penal da consequência jurídica, até pelo contrário, estar-se-ia a homenageá-la dada a sua colocação em prática, não obstante se ter desembocado em resultados distintos. O que se estaria a condenar seria a concreta aplicação do critério e não a teoria relativa ao método de identificação. Ou seja, o alvo da crítica seria

a acção que consiste na utilização do método e não o próprio método, que foi o objecto que se quis criar com esta investigação.

Da análise conjunta das hipóteses de crítica equacionadas, o que se constata é que as possíveis fontes de argumentos da crítica de uma teoria de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica deverão nascer dos *motivos da conclusão* (segunda camada) ou dos *motivos dos motivos* (terceira camada), mas não da primeira camada, i.e. na conclusão onde está contido o concreto resultado atinente à natureza penal da consequência jurídica.

Tudo aquilo que se disse não é mais do que salientar o próprio âmbito ou essência da pergunta de estudo, que se circunscreve a uma questão de método, pelo que as bases da sua crítica deverão cingir-se ao âmbito da questão à qual se dirigem, do qual não faz parte, como parece evidente, o *sentido do resultado* (da aplicação) *do método*.

§ 434. Simultaneamente, é perceptível que aqui não se possui qualquer controlo sobre o sentido da conclusão final sobre a natureza penal de uma consequência jurídica. O aplicador torna-se refém do método, sendo que, a partir do momento em que ele é colocado em prática, é ele que conduz o aplicador até à conclusão final. É certo que haverá sempre uma margem de liberdade associada à subjectividade impregnada no método utilizado. Todavia, a imagem que se quer transparecer é a de que esse grau de liberdade não deixa condições para escolher os resultados em função da vontade. O método, *rectius* a sua aplicação, descobre ou identifica a natureza jurídico-penal. Antes de ser colocado em prática, a natureza da consequência permanece sob a forma de enigma. O que daqui brota é a ideia de que a escolha do critério é *independente* da consequência a analisar. Independentemente desta última, o critério a aplicar – enquanto não se descobrir outro mais apto – será sempre o mesmo.

O que se expôs serviu precisamente de base à crítica apontada à jurisprudência do TEDH respeitante à natureza penal de consequências jurídicas. A ideia dali retirada foi a de que o TEDH *escolhe* os critérios a aplicar em função da consequência jurídica em análise, fazendo com que, na verdade, a decisão final acerca dessa natureza não seja o resultado da argumentação que a sustenta, mas sim o oposto, ou seja, essa argumentação é que é o resultado da decisão final. Os critérios aplicados são consequência ou efeito da decisão, sendo, neste sentido, *dependentes* desta última. Por conseguinte, a decisão final apresenta-se, sim, como fruto de um raciocínio indutivo, não aparecendo os critérios como constituintes de um método de identificação, mas como meros efeitos da decisão, que assentou, sim, num método *a priori*, obtido de um exercício introspectivo que navegou no universo das intuições.

Aquilo que se constata é, portanto, uma diferente abordagem metodológica: o TEDH parece optar pelo método que, na taxonomia de Sally Haslanger, é o “*traditional conceptual analysis*”, que vê o conceito “consequência jurídico-penal” como um “*manifest concept*”; por seu turno, o método aqui proposto identifica-se com a segunda categoria da Autora, a “*descriptive analysis*”, que busca pelo significado do “*operative concept*”, trazido das características possuídas pelos casos paradigmáticos abarcados pelo próprio conceito. Parece, de facto, haver uma clara diferença referente à abordagem metodológica. Toma-se aqui qualquer um dos métodos como igualmente válidos, na medida em que não dispomos de ferramentas para fazer essa apreciação, nem existiria aqui espaço para ela.

O cerne da discordância está, sim, na incoerência que parece brotar da conduta do TEDH. Num olhar atento, a cristalização do conjunto de critérios *Engel*, com vista a formar uma verdadeira técnica de identificação da natureza penal de consequências jurídicas, é uma manifestação da prática de métodos de identificação dedutivos, quando, na verdade, aquilo que parece estar efectivamente em causa nessa jurisprudência é um método *a priori*, produtor de resultados intuitivos, parecendo que “algo pensa no TEDH”⁵¹⁹. Sendo os critérios de identidade típicos de uma “*descriptive analysis*” e parecendo as decisões finais de apuramento do TEDH ser fruto de uma “*traditional conceptual analysis*”, aquilo a que se assiste é a uma verdadeira incompatibilidade ao nível metodológico. A verificada e reiterada aplicação de técnicas de identificação distintas por parte do TEDH leva efectivamente a crer que as suas decisões finais não são resultados de raciocínios dedutivos, pelo que aquilo a que se chamam “critérios *Engel*”, na verdade, não são verdadeiros critérios de identidade, mas sim meros argumentos explicativos do significado do “*manifest concept*” que é “consequência jurídico-criminal”. Assim sendo, o TEDH, para prevenir que os Estados levem a cabo uma burla de etiquetas no momento de classificarem as suas consequências jurídicas, aplica uma técnica de identificação que, ao nível metodológico, parece consubstanciar, ela sim, uma burla de

⁵¹⁹ Esta expressão resulta de uma adaptadção da famosa expressão de Friedrich Nietzsche, “*Es Denkt In Mir*” (“algo pensa em mim”), para evidenciar o facto de (talvez) não sermos os autores dos nossos pensamentos, que brotam do nosso subconsciente. Para tal, *vd.* FRIEDRICH NIETZSCHE, *Beyond Good and Evil: Prelude to a Philosophy of the Future* (traduzido por Judith Norman), Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 17, “*As far as the superstitions of the logicians are concerned: I will not stop emphasizing a tiny little fact that these superstitious men are loath to admit: that a thought comes when “it” wants, and not when “I” want. It is, therefore, a falsification of the facts to say that the subject “I” is the condition of the predicate “think.” It thinks: but to say the “it” is just that famous old “I” – well that is just an assumption or opinion, to put it mildly, and by no means an “immediate certainty.” In fact, there is already too much packed into the “it thinks”: even the “it” contains an interpretation of the process, and does not belong to the process itself. People are following grammatical habits here in drawing conclusions, reasoning that “thinking is an activity, behind every activity something is active, therefore –.” Following the same basic scheme, the older atomism looked behind every “force” that produces effects for that little lump of matter in which the force resides, and out of which the effects are produced, which is to say: the atom. More rigorous minds finally learned how to make do without that bit of “residual earth,” and perhaps one day even logicians will get used to making do without this little “it” (into which the honest old I has disappeared)*” (Parte I, 17).

etiquetas, já que se decide com base em raciocínios indutivos encapotados por critérios *Engel* que, por critérios de identidade se dizerem ser, simbolizam o recurso a métodos dedutivos, assim nascendo a aludida contradição. A prova dos nove desta conclusão é a constante aplicação de uma técnica de identificação distinta por parte do Tribunal, que vai variando em função da consequência jurídica que é o seu objecto de análise.

§ 435. Outro aspecto que pode constituir a base de uma crítica dirigida ao sentido dos resultados da aplicação de um critério tem que ver com os efeitos ou consequências desse próprio resultado.

Exemplificando, imagine-se que se criava uma norma em Portugal segundo a qual quem não usasse máscara cirúrgica ou análoga nos transportes públicos era punido com pena (única) de morte. Sendo esta a única consequência associada a esta previsão normativa, quando se aplicasse o critério da privação da liberdade a esta infracção o resultado seria o de que não se estaria perante um facto típico-ilícito criminal tendo em conta que esta infracção não tinha associada nenhuma privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado ou na habitação do condenado ($\neg\#$). Assim sendo, concluir-se-ia que esta consequência (pena de morte) não era uma consequência jurídico-criminal porque a infracção à qual estava associada nem sequer possuía natureza penal. Na sequência, poder-se-ia atacar o critério aplicado porque o seu resultado era inaceitável, dado que quem cometesse aquela infracção não estaria protegido pelas garantias processuais-penais. Contudo, estaria esta crítica assente na premissa de que os resultados da aplicação de um critério de identificação da natureza penal indicam automaticamente qual o regime aplicável à consequência. Tal conclusão não se afigura correcta. Basta para tal pensar que o direito penal também se aplica, embora de modo supletivo, às contraordenações (cfr. art. 32.º do RGCO), o que quer significar que, não obstante não estarem em causa infracções e consequências criminais, o regime aplicado pode pertencer a este ramo do direito. Aqui, parece ser a pertença a um âmbito normativo sancionatório que justifica a partilha, por ex., do princípio da presunção de inocência e das suas várias manifestações. O mesmo sucederia no caso daquela pena de morte: apesar de se ver como uma consequência desprovida de natureza penal de acordo com o ordenamento jurídico estático ao dia de hoje, não quereria significar que o seu regime não devesse ser o do direito penal ou até um regime ainda mais garantístico do que esse.

Outro exemplo cuja aplicação do método aqui proposto poderia desembocar num resultado potencialmente polémico seria aquele segundo o qual a todos crimes de natureza

patrimonial estaria associado, para além das consequências já previstas no nosso ordenamento, o confisco total dos bens do agente. Ao invés do que sucedeu em relação ao exemplo anterior, neste caso o critério da privação da liberdade estaria preenchido. O que fundamentaria a conclusão de que o confisco total dos bens do agente não teria natureza penal seria o não preenchimento do critério da gravidade do facto, já que esta consequência, pelas suas características, não possui factores de determinação da proporcionalidade. Uma vez mais, não significaria isto que não se devesse proteger o agente através de garantias do direito penal ou até de meios de protecção ainda mais garantísticos do que os deste ramo do direito, apesar de não se considerar o confisco total de bens uma consequência criminal.

Por tudo isto, também a crítica assente nas consequências ou efeitos do sentido do resultado da aplicação do método não parece ser susceptível de o conseguir abalar.

De acordo com a argumentação utilizada aquando da edificação dos dois casos hipotéticos, uma interessante ideia que se pode retirar da concretização do método a consequências jurídicas cuja aplicação revela uma elevada severidade é a de que, quando o resultado for a natureza não penal, é sinal de que se poderá estar perante uma consequência jurídica que não cumpre com os preceitos normativos constitucionais. E não causa estranheza que assim seja, dado que este método está assente em princípios básicos do direito penal. Enquanto este ramo do direito assentar nestes princípios, o método determinará que as consequências jurídicas que não os cumpram não terão natureza penal.

Apesar de ser uma dedução necessária da forma como se expôs a pergunta de estudo, por salvaguarda, e em jeito de última nota relativa à temática dos efeitos ou consequências de uma qualquer conclusão final do método, declarar-se-á que esta temática relativa ao direito sob o qual se deve reger uma consequência jurídica, por se encontrar a jusante da desta investigação, está excluída da presente investigação.

2. O registo criminal

§ 436. De acordo com o método de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica (cfr. *Diagrama III*), deve-se começar por verificar se existem condições para se aplicar o *critério da privação da liberdade* ($c \leftrightarrow f \wedge \#$) (cfr. *Diagrama II*).

Em primeiro lugar, *identifique-se a norma de conduta* onde deverá estar incluída a infracção, cuja natureza penal se pretende conhecer, à qual estará associada a consequência “registo criminal”.

O registo criminal vem plasmado na Lei n.º 37/2015, pelo que é por aqui que se deve começar.

Veja-se o seu art. 2.º, n.º 1: “A identificação criminal tem por objeto a recolha, o tratamento e a conservação de extratos de decisões judiciais e dos demais elementos a elas respeitantes sujeitos a inscrição no registo criminal e no registo de contumazes, promovendo a identificação dos titulares dessa informação, a fim de permitir o conhecimento dos antecedentes criminais das pessoas condenadas e das decisões de contumácia vigentes.”

Este artigo ajuda a interpretar o previsto no art. 6.º, cuja epígrafe é “Âmbito do registo criminal”, onde se determina o seguinte: “Estão sujeitas a inscrição no registo criminal as seguintes decisões: a) Que apliquem penas e medidas de segurança, determinem o seu reexame, substituição, suspensão, prorrogação da suspensão, revogação e declarem a sua extinção; b) Que concedam, prorroguem ou revoguem a liberdade condicional ou a liberdade para prova; c) De dispensa de pena; d) Que determinem a reabilitação de pessoa coletiva ou entidade equiparada; e) Que determinem ou revoguem o cancelamento provisório no registo; f) Que apliquem perdões ou amnistias, ou que concedam indultos; g) Que determinem a não transcrição em certificados do registo criminal de condenações que tenham aplicado; h) Os acórdãos proferidos em recurso extraordinário de revisão; i) Os acórdãos de revisão e confirmação de decisões condenatórias estrangeiras.”

Em primeiro lugar, antes de aplicar o critério da privação da liberdade, dá-se cumprimento à primeira etapa do método do critério (embora não do concreto método de aplicação do critério). Aquilo que se pretende é verificar se existem condições para a sua aplicação ou, por outras palavras, quer-se saber se o pressuposto de aplicação “norma de conduta” está cumprido.

Da leitura conjunta de ambos os artigos chega-se à conclusão de que todas aquelas decisões têm em comum o facto de o agente ter praticado um qualquer crime pelo qual foi inclusivamente condenado. De facto, se se aplicasse o critério da privação da liberdade a essas infracções, não se hesitaria, sem mais, em afirmar que as infracções tinham natureza criminal, como se fez questão inclusivamente de anunciar (“crimes”).

Aquilo que se verifica é a circunstância de um dos pressupostos de aplicação dessa norma contida nesse art. 6.º ser uma *decisão judicial condenatória* pela prática de um crime e não *directa* ou *imediatamente* um crime. Ao passo que o crime é pressuposto de aplicação dessa decisão condenatória, não é, por sua vez, pressuposto de aplicação da decisão relativa ao registo criminal. O que daqui se retira é a importante ideia de que o facto ilícito-típico criminal não tem a função de pressuposto de aplicação da decisão relativa à aplicação do

registro criminal. Esta é desempenhada por decisões judiciais elencadas nas diversas alíneas do art. 6.º.

Para fundamentar a conclusão desta primeira etapa, recorre-se aos ensinamentos de David Duarte. Não foram eles expostos anteriormente, no momento da construção do método, porque, por se estar agora com um caso concreto em mãos, a função explicativa deste segmento é vista como mais bem cumprida se aqui situada.

Nas palavras do Autor, a distinção entre normas primárias ou normas de conduta e normas secundárias ou normas relativas a outras normas é assim explicada: “*as normas primárias são as normas relativas a condutas e, por isso, são as normas que têm por objecto a realidade exterior ao mundo do direito, enquanto as normas secundárias são as normas que têm outras normas como objecto, sejam estas quais forem. Assim, no segundo termo da classificação incluem-se todas as normas que, referindo-se a outras, se reportam a normas secundárias: estas normas também se referem ao mundo do direito e não à realidade empírica exterior. A presente distinção, no entanto, pode ainda ser mais precisa, se, aos termos gerais com que aqui é referenciada, for adicionada a sua expressão na composição estrutural das normas. É que, na estrita medida em que, sendo as normas primárias normas relativas a condutas e as normas secundárias normas relativas a outras, como se trata de uma diferença relativa ao domínio normativo, é distinta a configuração da previsão normativa relativamente a essas referências. A partir daqui, estabelece-se o critério: os termos da diferença distinguem-se, então, pelo conteúdo direito ≠ não direito inserido no primeiro elemento estrutural de cada norma*”.⁵²⁰

No seguimento, o Autor procede a uma divisão das normas secundárias em vários grupos: um grupo que compreende as normas relativas à produção de efeitos de outras normas (e.g., as normas de revogação); um grupo das normas de definição semântica, que compreende as normas cujo domínio normativo consiste na definição de um enunciado ou de um lexema de língua aí utilizado; um grupo de normas de dupla remissão, que compreende aquelas normas que têm normas no domínio normativo para determinar a aplicação de outras (sendo que aquilo que individualiza esta categoria é a circunstância de somarem a imposição de aplicação de outras normas a partir de um recorte previsional de conteúdo definido através de outras normas, primárias ou secundárias (e.g., “aos casos previstos no artigo 2.º aplicam-se as consequências previstas no artigo 3.º”, “as normas previstas no artigo 4.º são suspensas após um ano do seu início de vigência”, “sempre que se trate de edificações na orla costeira, o licenciamento ilegal é nulo”)); e, por fim, a categoria das normas de competência, que

⁵²⁰ DAVID DUARTE, *ob. cit.*, p. 101.

habilitam à criação de sentidos de dever ser, que não regulam condutas, apesar de se reportarem a condutas.⁵²¹

Partindo da distinção entre normas de conduta (primárias) e normas secundárias, quando se aprecia o art. 6.º da Lei n.º 37/2015, confere-se desde logo que esta norma não tem por objecto a realidade exterior ao mundo do direito, precisamente porque o seu objecto é *decisões judiciais*. Ou seja, o conteúdo da previsão normativa da norma ínsita neste artigo é *direito* e não *não direito*. Ela reporta-se a todas as normas que têm por objecto as decisões judiciais elencadas nas várias alíneas que compõem o artigo.

Por tudo isto, a conclusão a retirar no final da primeira etapa do método relativo ao critério da privação da liberdade é a de que não é possível identificar nenhuma norma de conduta. Então, o registo criminal não é uma consequência jurídica associada a uma infracção criminal, na medida em que nem sequer está em causa uma infracção, porque não há uma norma de conduta, como resultou desta primeira etapa.

Não estão, por isso, reunidas as condições para a aplicação do critério da privação da liberdade, facto que não é impeditivo, todavia, de concluir, desde já, que o registo criminal não é uma consequência penal, de acordo com o método de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica. Nos seus termos, e no que tange ao critério da privação da liberdade, quando não existe uma norma de conduta ou, ao invés, quando existe, mas a infracção contida na sua previsão normativa não tem natureza penal, a conclusão final é a de que a consequência jurídica não tem natureza penal.

Em síntese, é esta a resposta: o registo criminal não tem natureza penal (*conclusão final/primeira camada*), porque não é uma consequência jurídica de uma norma primária ou de conduta (*motivo da conclusão - segunda camada*), nos termos do método de identificação da natureza penal de consequências jurídicas (*motivo da conclusão e motivo dos motivos - segunda e terceira camadas*).

3. A perda de instrumentos

§ 437. O art. 109.º, n.º 1, do CP foi assim redigido: “São declarados perdidos a favor do Estado os instrumentos de facto ilícito típico, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos

⁵²¹ *Ibidem*, pp. 103 a 107.

ilícitos típicos, considerando-se instrumentos de facto ilícito típico todos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a sua prática.”

Tal como sucedeu em relação à análise do registo criminal, volta-se à fase da *identificação da norma de conduta*, com o intuito de saber se estão reunidas as condições para a aplicação do critério da privação da liberdade.

Ao contrário do art. 6.º da Lei n.º 37/2015 relativo ao registo criminal, no caso do art. 109.º, n.º 1, do CP, adianta-se, desde já, que se entende que aqui existe uma norma primária. A norma de conduta retira-se na primeira parte do artigo: “São declarados perdidos a favor do Estado os instrumentos de facto ilícito típico, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos”. É ela uma norma primária ou de conduta: “não se deve [elemento deôntico] utilizar instrumentos do facto ilícito-típico perigosos (...) [estatuição]). O seu objecto está relacionado com uma realidade empírica exterior ao mundo do direito, ou seja, a sua previsão normativa é composta por *não direito*. Fica assim preenchido o pressuposto de aplicação do critério da privação da liberdade.

§ 438. A justificação da conclusão anterior faz-se através da segunda e terceiras acções relativas ao método do critério da privação da liberdade, *sc. a decomposição da norma* (art. art. 109.º, n.º 1, do CP) em dois elementos (previsão normativa e estatuição normativa) e *divisão da previsão normativa*. Depois, divide-se a norma ínsita no art. 109.º, n.º 1, do CP: “São declarados perdidos a favor do Estado [estatuição normativa] os instrumentos de facto ilícito típico, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos” (previsão normativa).

Sobre a divisão da previsão normativa, existe um pressuposto principal, que é os instrumentos, e que é depois caracterizado através de vários (sub)pressupostos. Desta categoria, ressalta este: (instrumentos) “de facto ilícito típico”. Feita a análise destes pressupostos, forma-se a *conclusão do primeiro requisito* no sentido de que a norma extraída da redacção do art. 109.º, n.º 1, do CP é primária, ou seja, contém uma acção humana (não direito), dando-se por preenchido o primeiro requisito da premissa maior do critério, *sc. um facto (f)* como pressuposto, mais concretamente um *facto ilícito-típico*.

Passando para a fase seguinte, para a *identificação dos efeitos jurídicos* na estatuição normativa da norma expressa no art. 109.º, n.º 1, do CP, ela não consiste numa *privação da*

liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado ou na habitação do condenado, mas sim numa declaração de perda dos instrumentos a favor do Estado, pelo que o efeito jurídico da estatuição normativa da norma em análise não consiste numa *privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado ou na habitação do condenado* ($\neg\#$).

Há, por tudo isto, que continuar a aplicação do método do critério da privação da liberdade na busca por outros possíveis efeitos jurídicos, mais concretamente pelo efeito *privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado ou na habitação do condenado*, noutras normas com idêntica previsão normativa.

Como denotado anteriormente, as condutas proibidas ou impositivas previstas na norma de conduta extraída do art. 109.º, n.º 1, do CP são todas ilícitos-típicos (criminais). Está-se, então, perante uma relação de *identidade de previsões normativas*, na medida em que a norma em análise remete para outras previsões normativas onde estão contidos os concretos pressupostos das condutas proibidas ou impositivas. Verifica-se, pois, uma *identidade por remissão*.

Existem condições para passar à *cumulação dos efeitos* dos factos ilícitos-típicos com o efeito previsto no art. 109.º, n.º 1, do CP. A estatuição normativa do art. 109.º, n.º 1, do CP contém uma consequência jurídica de qualquer facto típico-ilícito. Por ex., para além da pena de prisão, da medida de segurança e da indemnização por perdas e danos, outra consequência jurídica associada às condutas proibidas ou impositivas do art. 109.º, n.º 1, do CP é a perda dos instrumentos (que designaremos sob a variável p). Represente-se o predito através da seguinte fórmula: $c \leftrightarrow pp \vee ms \wedge i \wedge pi$.

Logo, a *conclusão final* da aplicação do critério da privação da liberdade é a de que as normas de conduta previstas na previsão normativa do art. 109.º, n.º 1, do CP têm natureza penal, dado que na sua previsão normativa estão contidos comportamentos humanos (f) que têm como consequência jurídica a *privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado ou na habitação do condenado* ($\#$), já que a pena de prisão é um dos efeitos jurídicos desses comportamentos, sendo este o fundamento do preenchimento do segundo requisito do critério e, por consequência, o preenchimento do critério da privação da liberdade. Assim, se $f[\text{art. 109.º, n.º 1, do CP}] \leftrightarrow \#$, então, $f[\text{art. 109.º, n.º 1, do CP}] \leftrightarrow c$. Conclui-se com a fórmula do critério da privação da liberdade: $c[\text{art. 109.º, n.º 1, do CP}] \leftrightarrow f \wedge \#$.

O comportamento humano integrante da norma contida no art. 109.º, n.º 1, do CP tem natureza penal (c) e desempenha a função de pressuposto de aplicação da decisão relativa à aplicação da consequência jurídica “perda de instrumentos”.

Na sequência, de acordo com o método de identificação da natureza penal de consequências jurídicas, dá-se por verificado o pressuposto de aplicação do critério da gravidade do facto, pelo que se pode passar à aplicação deste último à consequência jurídica prevista no art. 109.º, n.º 1, do CP (cfr. *Diagrama III*).

§ 439. A primeira etapa do critério da gravidade do facto, que consiste na *identificação da consequência jurídica*, dá-se por ultrapassada, já que não é novidade a circunstância de ser a perda de instrumentos a consequência jurídica à qual se aplicará este critério.

Faça-se, então, a pergunta que se quer ver respondida: “A gravidade do facto é factor de determinação da proporcionalidade da perda de instrumentos, prevista no art. 109.º, n.º 1, do CP?”

A segunda etapa, não obstante não ter sido autonomizada da fase da identificação das normas onde vêm consagrados os factores de determinação da proporcionalidade da medida, consiste em saber se existe uma determinação de uma concreta medida ou *quantum* (como sucede, por ex., em relação às penas) ou se, pelo contrário, a sua forma é única e exclusivamente fixada pelo legislador (*e.g.*, medida de segurança de internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica).

Não tarda o desfecho de que a decisão de aplicação da perda de instrumentos se reduz à mera tarefa de aplicar ou não aplicar esta consequência, não implicando a determinação de um *quantum* de um instrumento. Podem confiscar-se vários instrumentos, mas não significará isto que esta consequência envolva a determinação de uma medida concreta. Ou se confisca um instrumento ou não se confisca.

§ 440. Esta insusceptibilidade de ser dimensionada não significa que não existam factores de determinação da sua proporcionalidade.

Revisitando-se o art. 109.º, n.º 1, do CP, o *facto ilícito-típico* é o primeiro pressuposto de aplicação desta consequência, como aliás já se havia concluído no momento em que se afirmou que ele desempenha aqui uma função de pressuposto de aplicação da decisão relativa à aplicação desta consequência jurídica.

O segundo pressuposto de aplicação é a *perigosidade* (criminal). Confiscam-se os objectos que, “pela sua natureza”, sejam susceptíveis de ser perigosos, ou seja, aqueles que, sem mais, são considerados perigosos, assim se confirmando a existência de uma perspectiva objectiva ou absoluta de avaliar a perigosidade. O caso paradigmático será o da pistola que foi usada num homicídio. Porém, o legislador incluiu também uma perspectiva relativa de

avaliação da perigosidade quando decidiu que os instrumentos que, “pelas circunstâncias do caso”, se mostrassem perigosos, também deveriam ser confiscados. Esta relativização com as circunstâncias do caso pode acabar por implicar uma referência ao próprio agente, motivo pelo qual se considera ser esta uma perspectiva subjectiva.⁵²²

Imagine-se⁵²³ o caso de um agente que um dia decide utilizar o seu carro para fazer umas entregas de cocaína ao domicílio e que, no seguimento, vem a ser condenado pela prática de um crime de tráfico previsto no art. 21.º do Decreto-lei n.º 15/93. Se o legislador não tivesse consagrado a perspectiva relativa ou subjectiva da perigosidade do objecto, não existiria base legal para confiscar o carro que foi utilizado como instrumento daquele crime, já que um carro não é só por si um objecto perigoso criminalmente. É a consagração legal da perspectiva relativa ou subjectiva que possibilitaria que, neste caso, se confiscasse o carro porque, por ex., pelas circunstâncias do caso, a posse do carro pelo agente, desempregado, toxicodependente e com três filhos para sustentar, ofereceria sério risco de vir a ser utilizado no cometimento de novos factos ilícitos-típicos. Se, por sua vez, o carro tivesse ficado inutilizável depois de um acidente, fruto da perseguição policial de que foi alvo, poderia não fazer sentido confiscá-lo, tendo em conta que estas circunstâncias deste caso dificilmente seriam suficientes para justificar aquele juízo de prognose relativo ao cometimento de novos factos ilícitos-típicos através da utilização daquele carro.

Por tudo isto, parece que as referências “pela sua natureza” e “pelas circunstâncias do caso” mais não fazem do que indicar que o juízo relativo à perigosidade do objecto deve ser feito em abstracto e/ou em concreto, respectivamente.

Navegando-se aqui na segunda etapa da aplicação do critério da gravidade do facto, o que interessa perceber é se nesse juízo de perigosidade, que é feito em função das circunstâncias do caso, se tem em conta a gravidade do facto ilícito-típico, ou seja, se esta concreta circunstância exerce influência na determinação da proporcionalidade da perda de instrumentos.

Ora, se a análise das circunstâncias do caso é susceptível de implicar uma referência ao próprio agente que cometeu o facto ilícito-típico, e se em causa está precisamente avaliar se a manutenção do instrumento nas mãos do agente consubstancia um perigo de natureza criminal, a gravidade do facto cometido deverá, então, ser um dos factores a ter em conta

⁵²² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. Parte Geral, Tomo II*, pp. 623.

⁵²³ Imaginação que ficciona também a possibilidade de o art. 109.º, n.º 1, do CP se aplicar ao caso concreto. A válida determinação da concreta norma de confisco de instrumentos a aplicar a esta hipótese não se afigura aqui importante, na medida em que as nossas finalidades são meramente explicativas, mais concretamente, a de mostrar como se aplica o critério da gravidade do facto.

nessa avaliação.

O juízo de perigosidade envolvido na aplicação desta consequência jurídica não deve, pura e simplesmente, ignorar o perigo criado anteriormente através da prática do facto ilícito-típico. Este é precisamente indício de que a ligação estabelecida entre o objecto e o agente potencia uma situação perigosa. O objecto na posse do agente já se evidenciou perigoso, como se prova através do facto cometido, pelo que, tendo em conta essa circunstância, resta verificar se essa posse ainda é susceptível de se mostrar perigosa no momento em que se está a decidir o confisco desse instrumento.

Pegue-se de novo no exemplo do confisco do carro utilizado para cometer o crime de tráfico de cocaína e criem-se duas situações hipotéticas distintas.

Na primeira, imagine-se que tinha ficado provado que o agente, durante meio ano, com o seu carro, havia feito várias entregas ao domicílio de grandes quantidades de cocaína, das quais resultaram vantagens patrimoniais de cinco milhões de euros, pelo que, no final, foi condenado pelo crime de tráfico agravado, nos termos do art. 24.º do Decreto-lei n.º 15/93. Mas, veja-se agora esta segunda hipótese. Ficou provado que a agente, num acto isolado, utilizou o seu carro (igual ao do caso anterior) para entregar um grama de cocaína em dois domicílios distintos, onde residiam dois amigos do seu irmão que, por se encontrar ausente no estrangeiro, havia pedido esse favor à sua irmã. Na sequência, esta foi condenada pelo crime de tráfico de menor gravidade, previsto e punido no art. 25.º daquele Decreto.

Em ambos os casos, houve um carro idêntico que foi utilizado como instrumento na prática de um facto ilícito-típico, pelo que estavam criadas as condições para levar a cabo um juízo relativo à aplicação da consequência jurídica de perda ou confisco de instrumentos. Partindo da premissa de que um carro não é, por si só, um objecto perigoso, este juízo de perigosidade deveria ser feito a partir das circunstâncias do caso, ou seja, através de uma avaliação concreta da perigosidade. Assim, tendo em conta que o carro utilizado em ambos os casos era idêntico, considera-se que, no primeiro caso, se está perante um carro que, na posse do agente, é mais perigoso do que o carro utilizado pela agente no segundo caso. Isto porque se conhece o historial do objecto nas mãos do agente e da outra agente, mais concretamente, porque se conhece o facto ilícito-típico que foi praticado por cada um deles. Deste modo, avançar-se-ia que, na primeira hipótese, “as circunstâncias do caso”, de acordo com a vivência empírica, oferecem um maior risco de que o carro seja utilizado no cometimento de novos factos ilícitos-típicos do que na segunda hipótese. Mostrou-se aqui inevitável sustentar o raciocínio através de uma referência aos agentes, não obstante estar em causa a perigosidade do seu objecto. É precisamente este domínio do objecto por um agente

que, de acordo com os elementos fornecidos, se mostra mais perigoso do que outro que levou a considerar que a perigosidade de cada um dos objectos era distinta. Foi, então, a gravidade do facto típico-ilícito o factor utilizado para sustentar as preditas conclusões. Se assim não fosse, até se poderia defender que, perante dois carros idênticos, funcionalmente aptos ao desempenho das suas funções, e na posse de dois agentes com iguais aptidões para conduzir, as “circunstâncias do caso” em ambas as hipóteses seriam semelhantes. Assim, estar-se-ia a despir o juízo de perigosidade do factor que é a gravidade do facto ilícito-típico. Contudo, não se descortina um fundamento que se apresente validamente apto a sustentar a exclusão deste factor da concreta avaliação que se deve fazer em relação à perigosidade do instrumento. Pelo contrário, este factor não só não deve ser excluído dessa avaliação como deve ser dos principais factores a ponderar nesse juízo. Se, na verdade, é a acção de utilização do objecto que acaba por caracterizar o objecto como perigoso (por ex., uma pistola só dispara uma bala se for, de algum modo, accionada), afastar o seu utilizador da equação é esvaziar de sentido o raciocínio relativo a essa perigosidade.

No final, de acordo com os elementos de cada um deles, ou seja, de acordo com as “circunstâncias dos casos”, mais rapidamente era alvo de confisco o carro utilizado na primeira hipótese do que na segunda. Por um simples motivo: no primeiro caso esteve em questão a prática de um ilícito-típico mais grave.

§ 441. A ideia que aqui subjaz é a de que foi a circunstância de o facto típico-ilícito ter sido como foi que faria com que o pressuposto “perigosidade criminal” se visse preenchido e, por conseguinte, a perda desse instrumento estivesse fundamentada.

O facto ilícito-típico, para além de desempenhar a função de pressuposto de aplicação da perda de instrumentos, também serve como factor de determinação do pressuposto de aplicação “perigosidade criminal” (do objecto). Deste modo, o facto ilícito-típico participa no juízo decisório relativo à proporcionalidade da perda de instrumentos. A perda de instrumentos assumirá a sua concreta forma (também) em função do facto ilícito-típico, ou seja, ela será como será (também) porque o facto foi (grave) como foi. Neste sentido, o facto aparece como pressuposto da perda de instrumentos, mas também como seu limite.

O facto ilícito-típico, para além de *conditio sine qua non* (pressuposto de aplicação), é *conditio per quam* da perda de instrumentos do art. 109.º, n.º 1, do CP, já que esta consequência é delimitada em função do facto ilícito-típico. O facto desempenha a função de tipo para o efeito (“de medida”) desta modalidade de perda. Ele é pressuposto de aplicação e *factor de*

determinação da proporcionalidade. Para apurar o grau de perigosidade criminal do objecto deve-se (também) analisar a gravidade do facto, não obstante este facto não se apresentar como um referente autónomo, mas sim instrumental em relação à prossecução do objectivo, que é o de conhecer a perigosidade do objecto. Contudo, independentemente dessa feição instrumental, não deixa de ser factor de determinação desta consequência.

Em suma, o facto ilícito-típico desempenha aqui, pelo menos, as funções de: *i)* pressuposto de aplicação da perda de instrumentos; *ii)* factor de determinação do pressuposto de aplicação “perigosidade criminal do agente”; e *iii)* referente ou factor de determinação da proporcionalidade da consequência.

Assim sendo, nos termos do método de aplicação do critério da gravidade do facto, se a gravidade do facto (*c'*) é factor de determinação da proporcionalidade desta consequência jurídica, há condições para avançar com a *conclusão final*, segundo a qual a “perda de instrumentos”, prevista no art. 109.º, n.º 1, do CP, tem natureza penal.

§ 442. Com o intuito de salvaguardar a conclusão final, acrescenta-se ainda mais um conjunto de argumentos relativos à ideia de que a gravidade do facto (*c'*) é factor de determinação da proporcionalidade da consequência em análise.

No processo decisório de aplicação desta consequência, em primeiro lugar, deve-se verificar se todos os pressupostos de aplicação estão preenchidos, *sc.* facto típico-ilícito e perigosidade criminal de cada um dos objectos utilizados na prática desse facto ou que estivessem destinados a servir para a sua prática.

Todavia, cabe ainda ao órgão decisório proceder ao juízo de proporcionalidade, que se mostra como outro requisito de preenchimento obrigatório da sua aplicação: a perda de instrumentos deve ser adequada, necessária e proporcional à gravidade do ilícito e à perigosidade criminal do objecto, de acordo com os princípios regulativos da perigosidade criminal e da proporcionalidade.

Não bastará, por isso, que exista uma situação de perigo provocada pelo objecto nas mãos do agente, devendo haver um justo equilíbrio entre a restrição ao direito de propriedade (cfr. art. 62.º da CRP) e a aplicação da perda de instrumentos. Mesmo que os pressupostos de aplicação enumerados anteriormente se vejam preenchidos, se a perda não for proporcional à gravidade do facto ilícito e à perigosidade criminal do objecto não se deverá aplicar esta consequência, assim se reforçando a ideia de que a gravidade do facto é um limite à aplicação desta consequência, tal como acontece em relação às medidas de segurança criminais.

Para ilustrar mais bem esta ideia, pense-se de novo num dos exemplos expostos anteriormente, mais concretamente na hipótese relativa à condenação da agente pelo crime de tráfico de menor gravidade.

Imagine-se que o carro utilizado pela agente, para ir levar cocaína a casa dos dois amigos do irmão, era um novo modelo da Ferrari que custava cerca de € 300.000,00.

Neste caso, no momento decisório de aplicação do confisco deste carro, dever-se-ia ter em conta que a perda implicaria uma restrição do direito de propriedade da agente no valor daquela quantia monetária. Colocada num dos pratos da balança, dificilmente se compreenderia como é que a gravidade do facto e a perigosidade desse objecto (avaliada em abstracto e em concreto), colocadas no outro prato da balança, poderiam pesar mais. Ver-se-ia a agente privada daquele Ferrari pelo simples motivo de o ter utilizado para se deslocar a casa de duas pessoas para cometer aquele (pouco grave) crime.

Neste raciocínio está espelhada precisamente a ideia a vincar: a gravidade do facto participa no juízo decisório de aplicação da perda de instrumentos enquanto factor de determinação da proporcionalidade da aplicação dessa consequência.

É por este motivo que Figueiredo Dias considera, inclusivamente, que a proporcionalidade deve ser outro dos pressupostos de aplicação da perda de instrumentos do art. 109.º, n.º 1, do CP a juntar ao facto ilícito-típico e à perigosidade criminal do objecto: “o decretamento só deverá, em qualquer caso, ter lugar se a providência se revelar proporcionada à gravidade do ilícito-típico perpetrado e à perigosidade do objecto. Sendo assim, este pressuposto da proporcionalidade – em termos em tudo análogos aos que ficaram descritos (...) em matéria de medidas de segurança – conforma mais um requisito a acrescentar aos que acima (...) foram mencionados [facto ilícito-típico e perigosidade]”.⁵²⁴

Por tudo isto, sendo a *gravidade do facto ilícito-típico* (c') um *factor de determinação da proporcionalidade* (f^p) da perda de instrumentos prevista no art. 109.º, n.º 1, do CP, a fórmula do critério da gravidade do facto vê-se integralmente preenchida e, adaptada ao caso concreto, fica assim exposta: Qp [art. 109.º, n.º 1, do CP] $\leftrightarrow f^p$ (c')

Em síntese, é esta a resposta: a consequência jurídica “perda de instrumentos” prevista no art. 109.º, n.º 1, do CP tem natureza penal (*conclusão final - primeira camada*), porque a gravidade do facto ilícito-típico criminal é um factor de determinação da proporcionalidade desta consequência (*motivo da conclusão - segunda camada*), nos termos do método de

⁵²⁴ *Ibidem*, pp. 628 e 629.

identificação da natureza penal de consequências jurídicas (*motivo da conclusão e motivo dos motivos - segunda e terceira camadas*).

4. A perda de produtos e vantagens

§ 443. O primeiro passo da resposta compreende a *identificação da norma de conduta*, com o intuito de verificar se existem as condições necessárias para partir para a aplicação do critério.

Preceitua-se o seguinte no art. 110.º, n.º 1, do CP: “São declarados perdidos a favor do Estado: *a)* Os produtos de facto ilícito típico, considerando-se como tal todos os objetos que tiverem sido produzidos pela sua prática; e *b)* As vantagens de facto ilícito típico, considerando-se como tal todas as coisas, direitos ou vantagens que constituam vantagem económica, direta ou indiretamente resultante desse facto, para o agente ou para outrem.”

É este um artigo cuja composição ou estrutura é semelhante à da perda dos instrumentos.

As normas de conduta poderão extrair-se da primeira parte de cada uma das alíneas do artigo: (alínea *a)*) “São declarados perdidos a favor do Estado os produtos de facto ilícito típico” (no sentido de que “não se deve ter produtos...” e (alínea *b)*) “São declaradas perdidas a favor do Estado as vantagens de facto ilícito típico” (“não se deve ter vantagens...”).

Para além disto, e importando as conclusões vertidas em relação à análise da natureza jurídica da perda de instrumentos, fruto da anunciada semelhança ao nível estrutural que as une, também aqui, as normas de conduta relativas à perda dos produtos e das vantagens dizem respeito a uma realidade empírica exterior ao mundo do direito, cujas previsões normativas são compostas por *não direito*.

Dá-se, assim, por preenchido o pressuposto de aplicação do critério da privação da liberdade em relação às normas de conduta relativas aos produtos e às vantagens de facto ilícito típico, pelo que é momento de proceder a essa aplicação.

§ 444. Após a *decomposição das normas* e da *divisão das previsões normativas* nota-se um resultado idêntico ao obtido no que concerne à norma onde se consagra a perda de instrumentos. Assim sendo, sob pena de se cair numa indesejada inutilidade, com tudo o que dela possa surgir, dá-se por reproduzida aqui toda a fundamentação atinente a essas fases e às seguintes da aplicação deste critério, quando avançada relativamente à perda de

instrumentos. Vertam-se, por conseguinte, somente as conclusões de cada umas dessas fases, antes de se cristalizar a *conclusão final* da aplicação deste critério.

As normas de conduta ou as normas primárias supramencionadas, por conterem uma acção humana de uma realidade exterior ao direito, fazem com que a *conclusão do primeiro requisito* seja a de que este se dá por preenchido, porque existe um *facto ilícito-típico* (*f*), como pressuposto.

Em simultâneo, o efeito jurídico da estatuição normativa de ambas as normas secundárias do art. 110.º, n.º 1, do CP não consiste numa *privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado ou na habitação do condenado* ($\neg\#$).

Através da remissão para todas as infracções criminais, concretiza-se a *identidade por remissão* e dá-se a *cumulação dos efeitos* dos factos ilícitos-típicos com o efeito previsto no art. 110.º, n.º 1, do CP, de forma a que as normas aí plasmadas contenham as consequências jurídicas associadas a qualquer facto ilícito-típico.

Por tudo isto, a *conclusão final* da aplicação do critério da privação da liberdade é a de que as infracções previstas na previsão normativa do art. 110.º, n.º 1, do CP têm natureza penal, dado que nestas normas estão contidos comportamentos humanos (*f*) que têm como consequência jurídica a *privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado ou na habitação do condenado* ($\#$): se f [art. 110.º, n.º 1, do CP] $\leftrightarrow \#$, então, f [art. 110.º, n.º 1, do CP] $\leftrightarrow c$. Assim, c [art. 110.º, n.º 1, do CP] $\leftrightarrow f \wedge \#$

Fica assim preenchido o critério da privação da liberdade, que, enquanto pressuposto de aplicação do critério da gravidade do facto, possibilita a aplicação deste último sobre as consequências jurídicas sob análise, previstas no art. 110.º, n.º 1, do CP (cfr. *Diagrama III*).

§ 445. Inicia-se a aplicação do critério da gravidade do facto com a constatação de que a sua primeira fase (*identificação da consequência jurídica*) está cumprida, porque já foram identificadas as duas consequências jurídicas a analisar, a perda de produtos e perda de vantagens.

Coloque-se, então, a pergunta: “A gravidade do facto ilícito-típico é factor de determinação da proporcionalidade da perda de produtos e vantagens, prevista no art. 110.º, n.º 1, do CP?”.

Esta modalidade do confisco, no que tange à decisão de aplicação, envolve a determinação de uma concreta medida ou *quantum*, não bastando, por isso, decidir que se

confiscam produtos ou vantagens, mas ainda decidir quantos serão esses produtos ou quantas serão as vantagens.

Vejam-se quais os pressupostos de aplicação destas modalidades de confisco.

O primeiro pressuposto de aplicação destas consequências é, sem aparente margem para dúvidas, o *facto ilícito-típico*. É ele o primeiro elemento que compõe a previsão normativa de cada uma das normas em questão.

O segundo pressuposto da aplicação de cada uma das consequências é os *produtos* e as *vantagens*.

Se são consequências cuja aplicação obriga a uma decisão relativa ao seu *quantum*, importa compreender como é que ele se deve determinar.

Ao longo do regime destas consequências não se descortina uma norma específica para esse cálculo, como existe, por ex., em relação à indemnização cível para a qual foi criado um artigo próprio relativo a esse cálculo (cfr. art. 564.º do CC). Onde se cumpre essa função é na parte do art. 110.º, n.º 1, do CP onde vêm concretizadas as definições de “produtos” e “vantagens”. Deste modo, será nos componentes dessas normas onde se descortinarão os factores de determinação do seu *quantum*. Não estará, portanto, em causa propriamente uma questão numérica, mas sim um problema respeitante ao preenchimento de conceitos que compõem o significado de “produtos” e “vantagens”, ou seja, uma questão de identificação. O problema da quantificação surge apenas na fase seguinte a esta, no momento em que se somarem esses produtos ou vantagens.

Da análise dos significados ali plasmados, retira-se uma menção ao facto ilícito-típico. Em ambas, pela construção da norma, parece o facto importar enquanto *origem* ou *causa* do produto – produzido pelo facto – ou da vantagem – resultante do facto. A corroborar esta ideia está a preposição “de”, que une o nome à causa: “os produtos *de* facto ilícito típico” e “as vantagens *de* facto ilícito típico”.

No que tange aos pressupostos e à relação estabelecida entre eles, existe uma estreita semelhança com a técnica legislativa operada no art. 483.º do CC, relativo à responsabilidade civil por factos ilícitos. Como concluído anteriormente, os seus pressupostos de aplicação desta responsabilidade são o facto ilícito-típico e os danos *resultantes da* violação. Nota-se aqui também uma ligação entre os pressupostos, parecendo o facto importar enquanto causa ou origem dos danos. Assim, quer nesta norma, quer nas normas relativas ao confisco dos produtos e vantagens, o facto é pressuposto de aplicação e origem ou causa do outro pressuposto de aplicação da consequência jurídica a aplicar (produtos ou vantagens).

Nas normas de definição semântica do art. 110.º, n.º 1, do CP lida-se com factores

de identificação dos produtos e das vantagens e conclui-se que os requisitos aí elencados dizem todos eles respeito - como é finalidade das próprias normas - aos produtos e vantagens, e onde a referência ao requisito relativo ao facto parece surgir enquanto causa ou origem desses bens. Não é recebida, por isso, nenhuma indicação que o facto desempenhe outra função que não a de assinalar a causa de um produto ou de uma vantagem, o que parece fazer crer que, se assim é, a gravidade do facto não entra neste juízo decisório. É a existência do facto por si só suficiente para assinalar a causa daqueles bens, pelo que os aspectos relativos ao *modo* como o facto se manifestou na ordem jurídica parecem desinteressar para efeitos de preenchimento dos requisitos destas normas secundárias previstas no art. 110.º, n.º 1, do CP. O facto ilícito-típico actua, assim, como pressuposto de aplicação e como elemento do juízo decisório relativo a outro pressuposto: o nexo de causalidade entre o facto e os produtos ou vantagens.

Por tudo isto, a conclusão relativa à segunda etapa do método de aplicação do critério da gravidade do facto é a de que não se identifica a gravidade do facto nas normas relativas aos factores de determinação da medida da perda de produtos ou vantagens.

Sem embargo, não quer isto significar que já se possa formar a decisão final sobre o preenchimento da premissa menor do silogismo, dado que resta ainda a fase seguinte deste método de aplicação que consiste na identificação da gravidade do facto enquanto factor de determinação da proporcionalidade das consequências. Por conseguinte, deve-se, para tal, e através das ferramentas da interpretação hermenêutico-teleológica, perscrutar o regime destas consequências na sua procura.

§ 446. Ao invés da técnica legislativa utilizada, por ex., em relação às medidas de segurança não privativas da liberdade previstas no CP, através da qual se criou uma norma onde se verteram os factores de determinação da proporcionalidade (cfr. art. 40.º, n.º 3, do CP), não se verifica uma técnica semelhante em relação às consequências jurídicas sob análise. Por outras palavras, não se identifica nenhuma norma cuja sua finalidade seja a de elencar os factores de determinação da proporcionalidade destas consequências. Por conseguinte, há que buscar pela solução através de uma interpretação conjunta do regime dessas consequências.

No art. 110.º, n.º 1, do CP, o aspecto que parece relevar em relação ao facto é a sua mera prática, tendo em conta que a sua função se afigura ser a de assinalar a causa ou origem dos produtos e das perdas. Esta concreta função faz com que outros quaisquer aspectos em relação ao facto não devam entrar em linha de conta, pelo simples motivo de que não são

susceptíveis de influenciar o nexo de causalidade que deve existir entre o facto e os produtos e as vantagens. A circunstância de um facto ilícito-típico ter sido mais grave ou menos grave não afecta de nenhuma forma a origem, por ex., de uma vantagem. Uma vantagem de € 1.000.000,00 resultante da prática de um ilícito será sempre uma vantagem de € 1.000.000,00 de um ilícito, independentemente da sua gravidade. Tanto é que, de acordo com o art. 110.º, n.º 4, do CP, é susceptível de ser confiscado o valor dos produtos e das vantagens quando estes não puderem ser apropriados em espécie. O que daqui se retira é que a quantificação desse valor é determinada em função do referente “produto” ou “vantagem” e nada mais, como seja, por ex., a gravidade do facto ilícito.

Antes de serem tecidas algumas considerações relativas à finalidade da aplicação destas consequências, vejam-se dois exemplos que são susceptíveis de apelar ao entendimento a deixar na conclusão final.

Tragam-se de novo os exemplos relativos ao tráfico de droga expostos aquando do tratamento do confisco de instrumentos.

Imagine-se que, na sequência de a agente ter feito o favor ao irmão indo levar um grama de cocaína a cada um dos dois amigos do seu irmão, este último quando voltou a estar com a agente transfere-lhe € 1.000.000,00 como recompensa pelo favor prestado. Está-se perante a prática de um facto ilícito de baixa gravidade, tanto é que se considerou que em causa estaria a prática de um crime de tráfico de menor gravidade, nos termos do art. 25.º do Decreto-lei n.º 15/93. Neste caso, não há dúvidas de que aquela quantia é a vantagem da agente resultante da prática do ilícito típico (“recompensa”), por estarem preenchidos os requisitos dos arts. 110.º, n.º 1, al. *b*), e art. 110.º, n.º 2, ambos do CP. Se se considerar que a gravidade do facto é factor de determinação da proporcionalidade do confisco de vantagens, então, a circunstância de ser um crime de baixa gravidade poderia fazer com que se considerasse que o confisco de um milhão de euros pela simples entrega ao domicílio de dois gramas de cocaína era uma consequência jurídica desproporcional e que, na sequência, não se deveria aplicar esta medida à agente, devendo esta, então, manter na sua esfera patrimonial esse dinheiro. Outra solução possível, se a gravidade do facto fosse factor de determinação da proporcionalidade, era a de confiscar apenas parte desse montante, ou seja, uma quantia que se considerasse proporcional à gravidade do ilícito-típico. Assim, nesta hipótese, haveria vantagens confiscadas e outras vantagens do crime (porque todos os requisitos do art. 110.º, n.º 1, al. *b*), n.º 2, do CP estavam preenchidos) não confiscadas, pelo que enriqueceria a agente apenas na medida das vantagens não confiscadas. A última solução aplicável ao caso, assentando na ideia de que a gravidade do facto não é factor de proporcionalidade desta

consequência, seria a de que, não obstante o crime cometido revelar diminuta gravidade, o milhão de euros devia ser confiscado, acabando a agente por não enriquecer com a prática do ilícito-típico.

Para escolher uma das três soluções avançadas deve-se ter em conta a finalidade atribuída pelo legislador à aplicação do confisco de vantagens, já que a finalidade da aplicação, não obstante não dever servir de critério para identificar a natureza de uma consequência jurídica, é um factor determinante na aferição da validade da aplicação de uma medida ou sanção.

A finalidade da aplicação do confisco de vantagens e dos produtos é ditada pelo legislador, já que foi ele que criou estas medidas, e pode ser retirada, por ex., das declarações do legislador na Proposta de lei n.º 51/XII (PL 201/2016), de 15 de Dezembro de 2016, nos termos das quais a “*disponibilização de meios que permitam a deteção, a apreensão, o arresto e a perda dos instrumentos, dos produtos e das vantagens do crime, assumem-se como mecanismos eficazes de combate ao crime*”. Mostra-se evidente que a finalidade do confisco de produtos e vantagens do facto ilícito-típico é preventiva criminal.

Interessa por isso perceber como é que a função do confisco (declarar perdidos os produtos e as vantagens a favor do Estado) é apta a atingir as finalidades da sua aplicação. Independentemente de se estar sujeito à aplicação de penas se se cometer um crime, certo é que se lida com eles no quotidiano. Os crimes intencionalmente praticados existem por força de uma de três razões, de acordo com o entendimento de Pedro Caieiro: *i)* não há motivo nenhum, nem sequer a sujeição ao cumprimento de uma pena, que demova o agente de praticar o crime; *ii)* existe a percepção de um baixo risco de efectiva punição; e *iii)* “*por último, casos há em que a apreciação do infractor relativamente à compensação trazida pelo crime diverge daquela que o Estado supõe ao cominar as penas: a sujeição à pena pelo facto (independentemente do grau em que é representado o risco da sua efectiva aplicação) não anula o sentimento de compensação material trazida pelo crime. Nesta óptica a pena funciona como um custo, e tão-só eventual, de um benefício económico. A diferença para com a situação anterior, como rapidamente se intui, está em que a eliminação deste benefício se encontra ao alcance do Estado.*” Pelo que, conclui o Autor, “*É a estas situações que nos referimos quando relacionamos a perda de vantagens com o brocardo “o crime compensa”, que tem portanto um conteúdo normativo: o crime não deve compensar.*”⁵²⁵

Ora, se a função desta modalidade de confisco é eliminar o benefício, que sustenta a recorrente conclusão de que a sua função é compensatória ou restitutória, parece ser

⁵²⁵ PEDRO CAIEIRO, “Sentido e Função...”, pp. 274 e 275.

precisamente esse benefício o referente único de onde se obtém a medida exacta da consequência, servindo ele, portanto, de seu limite. Se se ultrapassar a medida do benefício estar-se-á a confiscar algo que não preenche os requisitos do art. 110.º, n.º 1, do CP, ou seja, confiscar-se-ão bens que não são vantagens do ilícito-típico. Simultaneamente, se não se confiscarem todas as vantagens não se estará a eliminar o benefício, mas sim parte do benefício, pelo que, deste modo, potencia-se a verificação de uma situação em que a prática do facto ilícito-típico pode ter compensado e, conseqüentemente, não se cumpre com a finalidade preventiva criminal atribuída à aplicação da consequência.

Assim, analisando conjuntamente a função e a finalidade atribuídas ao confisco de vantagens, chega-se à conclusão de que a única forma de as cumprir em simultâneo e na íntegra será, então, a de confiscar todas as vantagens, nem mais nem menos, resultantes do facto ilícito-típico. Nestes termos, de acordo com a função e a finalidade desta modalidade, seguindo uma interpretação hermenêutico-teleológica das disposições, o único factor de determinação da sua proporcionalidade é as vantagens, nos termos da norma secundária prevista no art. 110.º, n.º 1, al. *b*), do CP. Por isso, se o facto ilícito-típico tem aí a mera função de assinalar a origem ou causa das vantagens, não só desinteressa a sua gravidade, como a sua inclusão nesse juízo decisório seria contraproducente em relação ao cumprimento da sua função e da finalidade da aplicação desta consequência.

Assim sendo, voltando ao exemplo exposto, compreende-se que a única solução que realizaria os desígnios da aplicação do confisco das vantagens seria aquela que, desconsiderando a (diminuta) gravidade do facto praticado, consistiria no confisco do milhão de euros, ou seja, seria aquela que assentaria na ideia de que a gravidade do facto não é factor de determinação da proporcionalidade do confisco das vantagens.

Assiste-se aqui a uma nova semelhança entre o confisco das vantagens e o instituto da indemnização por perdas e danos. Em relação a este último, defendeu-se que o referente autónomo do juízo de proporcionalidade é unicamente o *dano*, que ocupa sozinho o prato da balança a comparar com o prato onde se coloca a concreta indemnização calculada, assim mostrando como o dano é o único referente de determinação da proporcionalidade deste instituto. Defendeu-se ainda a ideia de que uma indemnização será desproporcional quando não for idêntica à medida do dano, ou seja, quando não “reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”, que mais não é do que a função deste instituto. Concluiu-se, no final, que a gravidade do facto não é factor de determinação da proporcionalidade do instituto da indemnização por perdas e danos. Em relação ao confisco de vantagens a lógica operante é semelhante: o referente autónomo do juízo de

proporcionalidade é unicamente as *vantagens*, que ocupam sozinhas o prato da balança a comparar com o prato onde se coloca a concreta perda aplicada, ficando assim comprovado como são as vantagens o único factor de determinação da proporcionalidade desta modalidade. O confisco das vantagens será desproporcional quando não corresponder às vantagens, ou seja, quando não cumprir a sua função. Pelo que forçoso será concluir aqui também que a gravidade do facto não é factor de determinação da proporcionalidade desta consequência jurídica.

§ 447. A fundamentação para defender a conclusão segundo a qual a gravidade do facto não é factor de determinação da proporcionalidade da perda de vantagens assentou em argumentos relativos à *função* e à *finalidade* da (aplicação da) consequência. Contudo, é possível complementar esta fundamentação através de argumentos atinentes ao *fundamento* do confisco das vantagens.

Confiscam-se as vantagens porque, de acordo com a finalidade atribuída à aplicação desta consequência, se pretende, desse modo, prevenir a prática de crimes. Parece ser esta a finalidade que legitima a aplicação da consequência. Nota-se uma falta de correspondência entre a função da consequência (declarar perdidas a favor do Estado as vantagens do ilícito típico) e a finalidade da sua aplicação (prevenção do crime). Esta falta de coincidência entre a função e a finalidade não existe, por ex., em relação à indemnização por perdas e danos, dado que a sua função (reparar um dano) coincide com a finalidade da aplicação dessa consequência, que é precisamente reparar um dano. Foi por isso que se defendeu que aqui a realização da função está por si só legitimada, não havendo, por conseguinte, a necessidade de o Estado eleger uma outra finalidade que não a própria função para legitimar a aplicação deste instituto. Por isto, a sua aplicação é um fim em si mesmo, ao contrário do que sucede em relação, por ex., à de uma pena de prisão, que, para se mostrar legitimada, tem de assentar numa finalidade que não corresponda à sua função, já que privar da liberdade não é uma acção, em termos absolutos, vista como válida.

Num olhar atento, de facto, existe, desta perspectiva, uma semelhança entre, por ex., a pena de prisão e o confisco de vantagens, já que são ambas consequências cuja função não se identifica com a finalidade da aplicação, sendo que, para além disso, ainda partilham da mesma finalidade. Mas será que tinha de ter sido mesmo assim? I.e., não poderia o legislador ter feito coincidir a função do confisco de vantagens com a finalidade da sua aplicação, tal como fez em relação à indemnização por perdas e danos? Será que a aplicação do confisco de vantagens não está, por si só, legitimada, fazendo com que seja desnecessária a atribuição

de uma finalidade preventiva criminal para fundamentar essa legitimação? A resposta a estas questões será susceptível de proporcionar aquele que é o fundamento do confisco de produtos e vantagens que será utilizado como argumento para defender a conclusão final da aplicação do critério da gravidade do facto: a gravidade do facto não é factor de determinação da proporcionalidade da perda de vantagens.

§ 448. A premissa básica que sustentará a resposta em torno do fundamento do confisco de vantagens é a de que esta consequência é um instrumento pertencente ao *direito da restituição*, mais concretamente que é um meio restitutivo à disposição do Estado.

Segundo Graham Virgo, o direito da restituição tem por objecto um conjunto de institutos legais (“*restitutionary remedies*”⁵²⁶) que têm em comum a função de retirar as vantagens de um réu (ou arguido) (“*gain-based*”) e não a função de compensar o autor pela perda patrimonial (“*loss suffered*”).

O direito da restituição, na óptica deste Autor, não se funda num só princípio, mas, sim, em três princípios fundantes, quais sejam: “(1) *the reversal of unjust enrichment; (2) the prevention of a wrongdoer from profiting from his or her wrong; and (3) the vindication of property rights with which the defendant has interfered*”.⁵²⁷

Será o segundo princípio fundante do direito da restituição o centro das próximas atenções, nos termos do qual ninguém deve lucrar com o cometimento de uma infracção.

Quando alguém pratica um crime, o direito da restituição pode ser desencadeado de duas formas, ou pela vítima ou pelo Estado, ambas assentes naquele princípio fundamental, também designado pelo Autor por “*no profit principle*”: “*Since there is no clearer wrong than the commission of a criminal offence, the application of the ‘no profit principle’ means that, as a general rule, the victim of the crime or the State should recover the proceeds of the crime from the offender, and the offender should not be entitled to obtain a benefit which he or she would otherwise be able to claim as a result of the commission of the crime.*”⁵²⁸

Sendo o confisco das vantagens e o confisco dos produtos institutos do direito da restituição desencadeados pelo Estado, então, para este Autor, o princípio fundante destas modalidades de confisco é o “*no profit principle*”.

⁵²⁶ GRAHAM VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, 3.^a Ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 3.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 8. Onde prossegue o Autor do modo seguinte: “*Restitutionary remedies are available in respect of each of these three principles, but it is vital that they are kept separate and are not brought together within one general principle of unjust enrichment, for the award of restitutionary remedies involves very different considerations depending on which principle the claimant relies.*”

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 527.

Graham Virgo reconhece expressamente que estas modalidades de confisco não pertencem à esfera jurídico-privada do direito da restituição, já que as vantagens e os produtos não são declarados perdidos a favor da vítima do crime, mas sim do Estado, não se podendo considerar, por conseguinte, estar perante uma restituição no seu sentido literal. Contudo, como supramencionado, a consideração de que estas modalidades de confisco pertencem ao direito da restituição é defendida com base naquela que é para o Autor a função em comum de todos os institutos legais integrantes deste ramo (“*gain-based*” e não “*loss-based*”): “*Since, however, the law of restitution is preferably defined as involving the law of gain-based responses the confiscation regime properly falls within the law of restitution (...) The statutory confiscation regime falls within the law of restitution for wrongs. Where the defendant has been convicted of a crime, the State can ensure that the defendant is deprived of any benefit arising from the commission of that crime and this is motivated by the same principle which underpins the private law of restitution for wrongs, namely that no wrongdoer should be allowed to benefit from the commission of a wrong.*”⁵²⁹

É esta perspectiva, a de que o direito da restituição tem por essência o enriquecimento (“*gain-based*”) e não o empobrecimento (“*loss-based*”), que leva a que Francesco Giglio distinga, ao nível da estrutura, o instituto da restituição do da indemnização: “*Although compensation and restitution rest upon different principles, their legal structures mirror each other. Compensation places the victim in the pre-wrong position, whereas restitution places the agent in the pre-wrong position.*”⁵³⁰

Esta associação da restituição à perspectiva do enriquecimento serve também de fundamento para os casos do direito civil em que existe um enriquecimento do infractor sem que haja um empobrecimento da outra parte, ou seja, aqueles casos em que não existe uma transferência do empobrecido para o enriquecido (“*restitutionary damages*”), sendo esta transferência totalmente irrelevante para estes casos de restituição.

Estamos perante o instituto da restituição comumente designado por “*disgorgement*”. James Edelman define os “*disgorgement damages*” assim: “*There is another gain-based remedy that may be sought for a wrong. In this case, the gain from the wrong is not measured by what might have been transferred from the claimant. Instead, the measure of the gain ignores whether or not any transfer has occurred and is measured by the actual profit accruing to the defendant from the wrong. Whether a transfer of value occurs or not is irrelevant. There might be no transfer of value.*”⁵³¹

⁵²⁹ *Ibidem*, pp. 534 e 535.

⁵³⁰ FRANCESCO GIGLIO, *The Foundations of Restitution for Wrongs*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 225.

⁵³¹ JAMES EDELMAN, *Gain-Based Damages – Contract, Tort Equity and Intellectual Property*, Hart Publishing, Oxford, 2002, p. 72.

Se existe um enriquecimento sem o correspondente empobrecimento, não se estará perante casos de restituição no seu sentido literal, que acaba por ser precisamente o motivo que justifica a utilização de um conceito (“*disgorgement*”) distinto de termos da família da “*restitutio*”. Ainda assim, considera-se que estes casos devem pertencer ao direito da restituição precisamente porque eles partilham de um dos fundamentos do direito da restituição: ninguém deve enriquecer à custa do cometimento de uma infracção. É neste sentido que segue Graham Virgo: “*Even though the description of these disgorgement remedies as ‘restitutionary’ is not always felicitous, it is still appropriate to treat them as falling within the law of restitution, simply because the remedy is assessed by reference to a gain made by the defendant, albeit that the defendant is required to give this gain up rather than give it back. The award of such disgorgement remedies can be justified on a different basis to that of literal restitutionary remedies. Justice demands that the defendant should disgorge gains obtained as a result of breach of a duty because of a fundamental principle of the law of restitution that no defendant should profit from his or her wrongdoing.*”⁵³²

É o foco no enriquecimento e o consequente e manifesto desinteresse pelo empobrecimento e, assim, pelo empobrecido, um dos motivos que leva inclusivamente a que se considere que o fundamento normativo dos casos de “*disgorgement*” tem as suas raízes na justiça distributiva, não obstante a verificação de um processo relativo a entes particulares⁵³³.

⁵³² GRAHAM VIRGO, *ob. cit.*, pp. 5 e 6.

⁵³³ Neste sentido, *vd.* HANOCH DAGAN, *The Law and Ethics of Restitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 215 e 216; “*By defining the cause of action, wrongful enrichments doctrine prescribes which non consensual resource appropriations are wrongful and thus justify monetary recovery. Conversely, it also determines which appropriations are permissible, such that the invasion does not necessarily require a remedy. Moreover, in cases of impermissible appropriations, the doctrine further allocates the appropriate measures of recovery. In all these respects, the rules of restitution affect the ability of each individual to make specific claims regarding resources, constituting a society-wide distribution of burdens and benefits. (The claim that private law entitlements constitute such a distributive scheme should not be confused with the discredited contention that in evaluating individual cases judges should pursue redistribution in the pursuit of distributive justice.) The justification for any allocation is rooted in the underlying rationales identified above – control, well-being, or sharing – which serve as the criteria according to which entitlements in resources are distributed to their holders. But once these rationales are identified, one can readily see that the distributive scheme constituted by the doctrine not only assigns claims regarding the use of some specific resources. Rather, it also allocates claims to certain primary social goods with respect to these same resources: individual (negative) liberty, individual security in one’s wealth, and social responsibility (i.e., responsibility for other members of one’s society) for one’s fate. Unjust Enrichment claims and demonstrates that there is an important correlation between this second-order distributive scheme and the larger normative ethos of the society at issue: the distributive scheme underlying the law of unjust enrichment corresponds with the level of control, well-being, and sharing that the relevant legal community seeks to accord its members.*”

Em sentido contrário, defendendo o fundamento normativo dos institutos restitutórios de perspectiva “*gain-based*” na justiça correctiva, *vd.* ERNEST J. WEINRIB, *Corrective Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 146 e 147: “*what is the conceptual framework within which gain-based damages are to be understood? To this question, corrective justice supplies an old answer. Corrective justice treats the defendant as the doer and the plaintiff as the sufferer of the same injustice. Corrective justice therefore highlights the correlativity of right and duty that characterizes the norms connecting the parties. From the perspective of corrective justice, the point of a legal remedy is to undo that injustice, and so the remedy must mirror the structure of the injustice. Corrective justice thereby ties both the defendant to the plaintiff and the remedy to the injustice. Under this approach, gain-based damages are available when the potential for gain is an incident of the right that the wrongdoer violated. Hence the paradigmatic case for the availability of gain-based damages is the defendant’s violation of a property (or property-like) right held by the plaintiff. With this understanding of gain-based damages comes a repudiation of the notion that they are occasions for the promotion of social purposes extrinsic to the relationship between the parties. Purposes such as punishment or deterrence (or broader purposes such as the promotion of economic efficiency or of other goals), even if they otherwise seem desirable, cannot be*

Independentemente de se ancorarem os casos de “*disgorgement*” em princípios de justiça distributiva ou correctiva, parece ser consensual a ideia de que o fundamento por detrás destes casos de restituição é o “*no profit principle*”.

Por tudo isto, chega-se à conclusão de que é este princípio que justifica que o instituto seja comandado pela transversal perspectiva que se foca no lucro do infractor (“*gain-based*”) e não no empobrecimento de outrem (“*loss-based*”), sendo precisamente esta ideia que define qual o objecto a restituir: o *lucro*. E o objectivo nos casos de “*disgorgement*” está limitado à restituição do lucro, independentemente de qualquer característica da infracção cometida, já que para aquele princípio se mostrar incumprido basta a prática de uma infracção da qual resulte um enriquecimento. Aquilo que se constata é uma identidade dos pressupostos dos institutos restitutórios cujo fundamento é o “*no profit principle*” com os pressupostos de aplicação do confisco das vantagens (e produtos): infracção e vantagens patrimoniais. Também aqui desinteressa qualquer característica do facto ilícito-típico, das quais se salienta aquela que para os estes fins interessa: a sua gravidade.

É precisamente a perspectiva “*gain-based*” que, unindo o instituto privado de “*disgorgement*” ao confisco das vantagens (e produtos), indica que o seu fundamento não é meramente a prática de uma infracção (não é “*wrong-based*”), mas sim a obtenção de um lucro ilegal (“*gain-based*”) e que, por consequência, é este lucro ilegal *pressuposto, fundamento e limite* de ambas as consequências jurídicas.

Assim sendo, perante a questão relativa à pertença do confisco das vantagens ao direito da restituição, segue-se aqui a resposta de Graham Virgo: “*Although the denial of benefits to a criminal is not restitutionary in the sense that it does not involve the application of gain-based remedies, it is appropriate to examine the rules relating to the denial of benefits to a criminal in a book on restitution. This is because both preventing the defendant from receiving the proceeds of the crime and transferring the proceeds of crime to the victim or to the State are motivated by the same policy consideration, namely that no criminal should be allowed to profit from the crime. The same question of public policy arises regardless of whether it is considered before or after the defendant has obtained the proceeds of the crime.*”⁵³⁴

Aquilo que funde o confisco das vantagens com o direito da restituição, fazendo com que se apresente como mais um dos seus instrumentos, i.e., como um instituto restitutivo,

accommodated to the correlative nature of private law justifications and, therefore, cannot explain the most characteristic and pervasive features of private law. Thus, in this context as in others, corrective justice breaks free of the instrumentalist modes of explanation that over the last decades have so brilliantly obscured private law.”

Numa posição intermédia, *vd.* KIT BARKER, “Theorising Unjust Enrichment Law - Being Realist(ic)?”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n.º 3, 2006, pp. 609 a 626.

⁵³⁴ GRAHAM VIRGO, *ob. cit.*, pp. 543.

é o *fundamento*: ninguém deve lucrar com a prática de uma infracção (onde se inclui, claro está, a infracção de natureza criminal). O mero facto de o destinatário das vantagens ser o Estado e não um particular não parece um motivo suficiente para afastar o confisco das vantagens do direito da restituição, e, acima de tudo, para os fins aqui pretendidos, não parece suficiente para alterar o fundamento desta modalidade de confisco e, por conseguinte, para ser dissociado daquele princípio que está na base do direito da restituição.

§ 449. O fundamento da restituição dos casos de “*disgorgement*” identifica-se com a teoria de ilicitude a que parte da doutrina recorre para qualificar dogmaticamente os casos de enriquecimento por intervenção⁵³⁵, ou seja, os casos em que alguém obtém um enriquecimento através de uma ingerência em bens jurídicos alheios.

Impulsionada inicialmente por Fritz Schulz, e defendida por Casjen Peters, Kellman, Jakobs, Haines e Wilhelm⁵³⁶, é a ilicitude do lucro o fundamento da restituição das vantagens obtidas com a (ilícita) intervenção, sendo, portanto, este o elemento comum às doutrinas que compõem a teoria da ilicitude, sendo ele que faz com que se integrem estes casos de enriquecimento (sem empobrecimento) por acto ilícito (os casos supramencionados de “*disgorgement*”)⁵³⁷ nesta teoria, que parece basear-se, portanto, no “*no profit principle*”.

É a violação deste princípio que faz com que o enriquecimento do infractor se veja destituído de base legal e que consubstancie, por conseguinte, um enriquecimento sem causa justificativa, embora não necessariamente à custa de outrem. E é precisamente a circunstância de existirem múltiplas hipóteses de falta de causa justificativa que faz nascer a necessidade de serem também múltiplos os institutos restitutorios, com diferentes perspectivas, *sc.* “*gain-based*” e “*loss-based*”, dos quais faz parte o confisco das vantagens (e dos produtos).

Embora não o esgote, a infracção é parte do fundamento do confisco das vantagens (lucro *ilícito*) e, por isso, de facto, descortinam-se motivos para que haja a tendência de se olhar esta modalidade de confisco como uma consequência penal. Se à partilha de parte do fundamento ainda se reconhecer a existência de uma aparente partilha da finalidade criminal com, por ex., as penas, é compreensível aquela tendência.

⁵³⁵ Sobre o enriquecimento por intervenção, *vd.* LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 663 e ss.

⁵³⁶ Para um resumo das posições dos vários autores, *vd.* LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pp. 767 e ss.

⁵³⁷ Alerta-se para o facto de se estar apenas a afirmar que a teoria da ilicitude parece fundamentar apenas estes casos, já que não se defende aqui a ideia de que a teoria da ilicitude é a qualificação dogmática de todos os casos de enriquecimento por intervenção, já que, seguindo Luís de Menezes Leitão, também se partilha aqui da ideia de que podem existir casos de enriquecimento por intervenção sem ilicitude, o que impede a generalização do entendimento segundo o qual aquela teoria é capaz de justificar validamente todos os casos de enriquecimento por intervenção. Para tal, *vd.* LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 786.

É possível, sem embargo, operar a um raciocínio idêntico em relação ao próprio instituto do “*disgorgement*”, o que acabará por indiciar dois importantes aspectos: existem muitas semelhanças entre este instituto do direito privado e o confisco das vantagens, assim se reforçando a supramencionada analogia; e o segundo aspecto tem que ver com a circunstância de as aparências poderem iludir, na medida em que este é um instrumento civil, apesar das semelhanças com instrumentos penais.

Este exercício comparativo entre o instituto do “*disgorgement*” e as penas criminais, mais concretamente entre a sua função punitiva (“*punishment*”), foi levado a cabo por Peter Jaffey.

De acordo com este Autor, a punição consiste na infligência de um mal a uma pessoa pela violação de um seu dever e não porque o mal é uma consequência incidental por ex. de um dano provocado a um terceiro (como sucede no instituto da indemnização). Ou seja, pune-se porque se infringiu e nada mais, sendo assim a infracção o fundamento da punição. Não obstante a eterna discussão em torno das finalidades da aplicação de uma pena criminal, se retributivas, se preventivas, parece ser unânime a ideia de que a “finalidade última” é assegurar o interesse geral da comunidade, qual seja o de que não se violem deveres, i.e. que não se cometam infracções. Seguindo-se uma perspectiva preventiva ou retributiva da punição, em ambos os casos o que se pretende é que o mal infligido ao infractor supere ou ultrapasse os benefícios (mesmo que na forma de auto-gratificação) que este obteve com a violação do dever, de forma a que a conclusão do raciocínio “custo-benefício” penda a favor do não cometimento da infracção.

Ora, quando Peter Jaffey traz para o raciocínio o termo “*disgorgement*”, assim desencadeando o seu exercício comparativo, chega à conclusão de que, se este instituto tem a função de eliminar um benefício, então dá-se por verificada uma relação de consumpção entre os dois termos, sendo o “*disgorgement*” consumido pelo termo “*punishment*”, na medida em que este não se limita a eliminar o benefício na sua exacta medida, já que o excede. É, na sequência, o “*disgorgement*” visto pelo Autor como um elemento que é parte integrante do conceito “*punishment*”, que sustenta uma conclusão mais geral nos termos da qual este instituto civil tem uma natureza “*quasi-punitive*”⁵³⁸. Isto porque, em simultâneo, considera que existem motivos que afastam a ideia punitiva daquele instituto, como sejam o seu tratamento

⁵³⁸ PETER JAFFEY, *The Nature and Scope of Restitution – Vitiating Transfers, Imputed Contracts and Disgorgements*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 375, “*It follows that punishment encompasses disgorgement, or in other words that disgorgement is merely an element of punishment. In so far as the defendant has received a pecuniary benefit, or possibly more broadly a measurable benefit, punishment should include the removal of the benefit, and this element of punishment is disgorgement. This is what should be understood by references to the “quasi-punitive” nature of disgorgement.*”

processual em separado, para vincar a ideia de que os institutos punitivos assumem uma função distinta dos não punitivos, tal como as garantias processuais do infractor são distintas em relação à aplicação de medidas punitivas e não punitivas.⁵³⁹

Se bem se compreendeu, parecem ser o critério da função e o critério da finalidade do instituto os critérios utilizados para se aproximarem os dois termos em equação: ambas eliminam benefícios provenientes da infração (critério da função), e ambas contribuem para assegurar o interesse geral da comunidade em que não se violem deveres (critério da finalidade).

No que tange à função, não se segue aqui a ideia do Autor, já que as consequências jurídicas punitivas, como, por ex., a pena de multa, não têm a função de retirar benefícios patrimoniais provenientes da infracção, mas sim de retirar património do infractor.

Sem embargo, é no argumento atinente à finalidade o principal centro das atenções, já que não se quer perder de vista aqui o principal objectivo que é o de explicar por que razão a gravidade do facto ilícito-típico não é factor de determinação da proporcionalidade do confisco das vantagens.

Repare-se bem como a finalidade que o Autor atribui ao instituto do “*disgorgement*”, *sc.* assegurar o interesse geral da comunidade em que não se violem deveres, é de facto susceptível de coincidir com a finalidade de consequências punitivas, contudo, por essa ordem de ideias é susceptível de coincidir com um vasto universo de consequências jurídicas. Pense-se, a título de exemplo, na indemnização por perdas e danos que, pela ordem de ideias do Autor, poderia ser vista como uma medida cuja finalidade era a de assegurar o interesse geral na não violação de deveres e, neste sentido, teria uma finalidade idêntica à das medidas punitivas. É razoável e sensata a ideia de que a obrigação de reparação de um dano é susceptível de prevenir a prática de infracções, como sejam, por ex., os crimes. Contudo, nem por isso se declara ser esta a finalidade da aplicação desta consequência civil.

O que aqui se evidencia novamente é o perigo associado à utilização de um critério teleológico num processo comparativo, já que a subjectividade que brota da sua racionalidade acaba por poder torná-lo ineficaz e, consequentemente, por poder potenciar a obtenção de resultados inválidos.

Afigura-se ser precisamente este o fenómeno que se passa em relação ao confisco das vantagens, já que se parece ter dado uma desnecessária, inconveniente e perigosa (pseudo-)aproximação do confisco das vantagens às consequências criminais por via das

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 375 a 378.

finalidades das suas aplicações, tal como sucederia se se considerasse que o instituto da indemnização civil tinha uma finalidade preventiva criminal e que, neste sentido, também era uma consequência (quase-)punitiva.

Anteriormente defendeu-se que o fundamento do instituto da indemnização por perdas e danos era a existência de um dano, a sua função era a reparação do dano e finalidade da sua aplicação era precisamente a reparação do dano, coincidindo assim a função e a finalidade, formando a ideia de que a aplicação desta consequência é um fim em si mesmo.

No que respeita ao confisco das vantagens, o seu fundamento é existência de um lucro ilícito, a sua função é o confisco do lucro ilícito e a finalidade da sua aplicação a prevenção criminal. Ao invés do caso anterior, aqui a função e a finalidade da aplicação desta modalidade de confisco não coincidem. E tal não acontece pelo simples motivo de que o Estado definiu a prevenção do crime como a finalidade da sua aplicação e não qualquer outra. Porém, tal como foi esta a finalidade escolhida, poderia ter-se optado por definir o próprio confisco do lucro ilícito como a finalidade da aplicação desta consequência. Está-se perante a problemática da escolha de fins mediatos e instrumentais em relação a um “fim último” que, como se disse anteriormente, pode ser tão subjectiva como a escolha de palavras sinónimas num processo comunicacional.

A finalidade atribuída à aplicação do confisco de vantagens poderia (e deveria até) muito bem ter coincidido com a sua função, ou seja, poderia ter sido o confisco do lucro ilícito. Isto porque, tal como sucede em relação à indemnização, a função desta consequência é uma acção que é por si só válida, desnecessitando, por isso, da designação de uma outra finalidade que não a própria execução da função. Seguiu-se neste sentido porque se ancorou o fundamento normativo desta modalidade num princípio milenar que vale por si próprio. Reparar um dano é visto em termos absolutos como uma acção válida, tal como confiscar um lucro ilícito é visto em termos absolutos uma acção válida. A prova desta última conclusão encontra-se precisamente no instituto restitutivo “*disgorgement*” que, assentando no “*no profit principle*”, um dos três princípios fundantes do direito da restituição, está por si só justificado, sem ter sido necessário evocar uma qualquer outra finalidade à aplicação do instituto.

A opção legislativa, por sua vez, acabou por se identificar com aquela típica de quem está perante uma consequência criminal, atribuindo-se uma finalidade preventiva criminal, de forma a legitimar essa aplicação, na medida em que, em termos absolutos, por ex., privar da liberdade ou privar de património (obtido licitamente) não é uma acção válida, ao contrário do que sucede em relação a reparar um dano ou confiscar um lucro ilícito. Todavia,

ao passo que, por ex., em relação à pena criminal é exigível a designação de uma finalidade (válida) que não coincida com a função dessa pena, no que tange ao instituto da indemnização tal não sucedeu e no que ao confisco das vantagens diz respeito tal não deveria ter sucedido.

Esta última conclusão não quer significar que não se considere como válida a opção legislativa em determinar a prevenção do crime como a finalidade da aplicação do confisco das vantagens. Assumir-se-ia tão válida essa opção como, por ex., a finalidade de confiscar um lucro ilícito ou a finalidade de promover o bem-estar da sociedade. Aquilo que se quer ressaltar é o facto de a escolha de uma finalidade coincidente com a das consequências criminais poder ter potenciado a criação da ideia de que o confisco das vantagens tem natureza penal por partilhar da mesma finalidade daquelas consequências. Sob a forma de conjectura, o mesmo poderia ter acontecido em relação ao instituto da indemnização civil se a finalidade da sua aplicação atribuída pelo legislador tem sido, por ex., a da prevenção criminal. Esta convicção nasce das opiniões que cristalizam a natureza penal do confisco das vantagens com base no critério da finalidade, assim como no raciocínio levado a cabo por Peter Jaffey que desembocou na ideia de que a aplicação “*disgorgement*” tem uma finalidade (quase-)punitiva.

A opção do legislador em atribuir uma finalidade preventivo-criminal à aplicação do confisco de vantagens dá a entender que o fundamento normativo desta consequência não seria susceptível de ser válido por si só, quando, na verdade, é, ou, por salvaguarda, parece ser. Assim sendo, fica a ideia de que a escolha legislativa pode ser apta a dificultar a descoberta do fundamento do confisco das vantagens, tendo em conta que a finalidade que lhe foi atribuída indica que o seu fundamento pode ser encontrado na dogmática jurídico-criminal.

Alerta-se que com isto não se está a querer afirmar que deste modo o legislador aproximou esta modalidade de confisco do direito penal, já que, na opinião que aqui se segue, se o critério da finalidade não é um critério válido de identificação da natureza penal de consequências jurídicas, qualquer opção legislativa atinente à finalidade da aplicação não terá quaisquer efeitos relativos a esse movimento de aproximação ou afastamento, i.e., relativas a um processo de comparação. A ideia a vincar é a de que a finalidade designada para a aplicação do confisco das vantagens é susceptível de dificultar a tarefa de quem pretende apurar a sua natureza jurídica, porque pode mostrar-se enganadora ao indicar que existe um elemento em comum entre esta consequência e as consequências jurídico-criminais, susceptível de potenciar a formação da conclusão de que ela tem natureza penal, quando não tem.

Em suma, por não ser necessária a cristalização de uma finalidade preventivo-

criminal ao confisco das vantagens de forma a legitimar a aplicação da medida, uma boa forma de se ter deixado o seu fundamento a descoberto, teria sido o da identificação da sua função com a finalidade, passando a sua aplicação a apresentar-se como um fim em si mesmo: confisca-se uma vantagem ilícita (função) para se confiscar uma vantagem ilícita (finalidade), porque existe uma vantagem ilícita (fundamento). Assim se representando uma estrutura semelhante à da indemnização: repara-se um dano (função) para se reparar um dano (finalidade), porque existe um dano (fundamento).

§ 450. Esta relação de semelhança estrutural, que tem vindo a ser evidenciada em relação ao confisco das vantagens e ao instituto da indemnização por perdas e danos, deixa aquele que será o argumento final relativo à defesa da ideia de que a gravidade do facto ilícito não é factor de determinação da proporcionalidade do confisco das vantagens (e dos produtos).

Apesar de não ter sido a opção do legislador, existiam condições para que a aplicação de ambas as consequências tivesse por finalidade a própria função atribuída a cada uma delas. Este é um aspecto em comum salientado. Todavia, existe outro e é nele que se obterá a essência do argumento que aqui se procura expor.

O fundamento do instituto da indemnização é a existência de um *dano ilícito* e o fundamento do confisco das vantagens é uma *vantagem ilícita*. Como se verifica, em ambos os casos, existe um fundamento composto por dois termos: *dano* e *ilicitude*; *vantagem* e *ilicitude*. O elemento em comum rapidamente é identificado: *ilicitude*. Ele desempenha a função de designação da origem do outro elemento que compõe o fundamento. Assim, não é só a circunstância de ambas as consequências terem fundamentos compostos, como a própria estrutura dessa composição também é idêntica: um substantivo (*dano* e *vantagem*) e um adjectivo, que desempenha a função de predicativo desse substantivo (*ilícito/ilícita*). Continuando esta análise comparativa, mas já sobre os próprios componentes do fundamento, o aspecto em comum é apenas o elemento predicativo (*ilícito/ilícita*), já que em relação ao substantivo predicado é crasso que são diferentes: a indemnização tem por fundamento um dano e o confisco das vantagens uma vantagem. Está-se, portanto, perante consequências jurídicas com um fundamento distinto, não obstante o fundamento de cada uma ser predicado pelo mesmo adjectivo. Na construção destas consequências, este último elemento em comum manifesta-se na composição das suas normas, aparecendo a acção ilícita como pressuposto de aplicação de ambas. Com a sua verificação, preenche-se automaticamente o elemento do composto fundamento relativo à sua adjectivação. A sua

intervenção na aplicação da consequência dá-se por terminada após este momento, pelo que é o protagonista do fundamento (já predicado) que governará a conformação da consequência a aplicar, *sc. dano* e *vantagem*. É o principal elemento do fundamento que participará na conformação da consequência a aplicar, sendo em função dele que a consequência será como será, precisamente porque é ele o fundamento. Assim, são o *dano* e a *vantagem* os elementos que ditarão o modo de aparecimento de cada uma das consequências a que dizem respeito. Neste sentido, uma (aplicação de uma) consequência que não corresponda à exacta medida do dano ou da vantagem (que já se sabe serem ilícitos), pecando por escasso ou por excesso, será uma (aplicação de uma) medida desproporcional porque não será fiel ao seu fundamento (que é também, e por isso, o seu *limite*). Nesta tarefa, qualquer aspecto relativo ao facto não goza de qualquer intervenção, tendo em conta que o seu papel na aplicação da consequência se esgotou no momento em que se caracterizou o dano e a vantagem como ilícitos, abrindo alas, com esta criação da condição, para a edificação de uma concreta consequência a ser aplicada. É precisamente porque o fundamento do instituto da indemnização é o dano (ilícito) que a gravidade do facto não participa na determinação da medida da indemnização, ou seja, que a gravidade do facto não é factor de determinação da proporcionalidade desta consequência. Dado o exercício em conjunto que se tem vindo a fazer, deixa-se assim uma conclusão relativa ao confisco das vantagens: porque o fundamento do confisco das vantagens é as vantagens (ilícitas), a gravidade do facto não é factor de determinação da proporcionalidade desta consequência. O facto serve apenas para qualificar ou caracterizar o fundamento e, por isso mesmo, vê o seu papel reduzido a mero pressuposto de aplicação do confisco de vantagens, não tendo qualquer participação na conformação do património a confiscar.

A conclusão final da aplicação do critério da gravidade do facto é a de que as modalidades do confisco das vantagens e dos produtos não têm natureza penal, porque, de acordo com argumentos relativos ao fundamento, função e finalidade da aplicação, a gravidade do facto não é factor de determinação da proporcionalidade destas consequências jurídicas.

Em síntese, é esta a resposta: as consequências jurídicas “perda de produtos” e “perda de vantagens”, previstas no art. 110.º do CP, não têm natureza penal (*conclusão final - primeira camada*), porque a gravidade do facto ilícito-típico não é um factor de determinação da proporcionalidade destas consequências (*motivo da conclusão - segunda camada*), nos termos do método de apuramento da natureza penal de consequências jurídicas (*motivo da conclusão e motivo dos motivos - segunda e terceira camadas*).

5. A perda de instrumentos, produtos e vantagens pertencentes a terceiro

§ 451. A perda de instrumentos, produtos e vantagens pertencentes a terceiro vem plasmada no art. 111.º do CP. De acordo com o seu n.º 1, a regra é a de que estas modalidades não se aplicam sobre terceiros: “Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, a perda não tem lugar se os instrumentos, produtos ou vantagens não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada.” Todavia, no n.º 2 do mesmo artigo possibilita-se a aplicação destas modalidades sobre terceiros: “Ainda que os instrumentos, produtos ou vantagens pertençam a terceiro, é decretada a perda quando: a) O seu titular tiver concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou do facto tiver retirado benefícios; b) Os instrumentos, produtos ou vantagens forem, por qualquer título, adquiridos após a prática do facto, conhecendo ou devendo conhecer o adquirente a sua proveniência; ou c) Os instrumentos, produtos ou vantagens, ou o valor a estes correspondente, tiverem, por qualquer título, sido transferidos para o terceiro para evitar a perda decretada nos termos dos artigos 109.º e 110.º, sendo ou devendo tal finalidade ser por ele conhecida.”

O que daqui brota é o entendimento segundo o qual estas modalidades de confisco só se aplicam sobre terceiro se os pressupostos relativos à aplicação destas modalidades sobre os agentes do facto ilícito-típico estiverem todos verificados, já que o art. 111.º, n.º 2, do CP apenas vem acrescentar requisitos às modalidades de confisco do agente. Não é necessário um olhar atento sobre esta disposição para compreender que todas as suas alíneas são atinentes ao âmbito de aplicação dessas modalidades de confisco, mais concretamente, ao sujeito sobre o qual as consequências são aplicadas. Retira-se daqui, portanto, a conclusão de que a cristalização da decisão relativa à identificação dos instrumentos, produtos e vantagens do facto ilícito-típico já foi anteriormente feita. Ou seja, num primeiro momento, o aplicador da consequência define os bens a confiscar e só num segundo momento se precipita sobre a pessoa a quem pertencem os bens. Sendo que é neste segundo momento que pode entrar em questão a aplicação de um confisco sobre terceiros. Portanto, quer isto significar que a determinação dos instrumentos, produtos e vantagens provenientes do facto ilícito-típico não sofre qualquer interferência por parte do juízo decisório relativo aos requisitos das alíneas do art. 111.º, n.º 2, do CP. Por conseguinte, os factores de determinação da proporcionalidade destas modalidades de confisco de terceiro são os mesmos das modalidades de confisco do agente do facto ilícito-típico. No seguimento, as conclusões

finais relativas à natureza penal das modalidades de confisco de terceiro deverão coincidir com as modalidades de confisco do agente.

Por tudo isto, sob pena de se cair numa desnecessária repetição, deve-se dar por reproduzida aqui toda a argumentação atinente à aplicação do método de identificação da natureza penal sobre as modalidades de confisco de instrumentos, produtos e vantagens do agente, deixando aqui somente vertidas as conclusões finais relativas a cada uma das modalidades de confisco de terceiro. Assim, o confisco de instrumentos pertencentes a terceiros tem natureza penal, porque o facto ilícito-típico é factor de determinação da proporcionalidade desta consequência; o confisco de produtos e vantagens de terceiro não tem natureza penal, porque o facto típico-ilícito não é factor de determinação da proporcionalidade destas modalidades.

6. A perda alargada

§ 452. Em cumprimento do método de apuramento da natureza jurídico-penal de uma consequência jurídica (cfr. *Diagrama III*), começa-se por *identificar a norma de conduta* da consequência jurídica “perda alargada”, que é o pressuposto de aplicação do método de aplicação do *critério da privação da liberdade* ($c \leftrightarrow f \wedge \#$) (cfr. *Diagrama II*).

A perda alargada vem prevista no art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, onde se preceitua o seguinte: “Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.”

Escalpelizando esta norma, rapidamente se reconhece que o primeiro pressuposto de aplicação consagrado na sua previsão normativa é uma decisão judicial condenatória pela prática de um crime. Tal como se andou em relação ao apuramento da natureza penal do instituto do registo criminal, também aqui o crime é pressuposto de aplicação desta decisão condenatória, não sendo, todavia, pressuposto de aplicação da decisão de aplicação da perda alargada.

Passados para o restante da previsão normativa, o legislador consagra uma instrução dirigida ao aplicador da perda alargada, que é a de que este último crie uma presunção, no caso de se verificar a condição relativa à condenação (“presume-se constituir vantagem de actividade criminosa”). A incongruência patrimonial que forma a parte final da previsão

normativa, não obstante ser mais um pressuposto de aplicação da perda alargada, é parte integrante da própria presunção.

Súbita e forçosamente, constata-se que não só não é possível extrair do art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002 uma norma primária ou de conduta, como também a norma ali inscrita é dirigida única e exclusivamente ao aplicador desta consequência jurídica, ou seja, a norma em apreço reporta-se a uma realidade jurídica e não a uma realidade empírica exterior. O que acabou de se afirmar mais não é do que a fundamentação que sustenta que a norma que é agora objecto de análise é uma norma secundária, cujo domínio normativo não é uma conduta pertencente ao mundo exterior ao direito, sendo, sim, um domínio de conteúdo jurídico, relativo a outras normas. É notório como o destinatário desta norma é o aplicador da consequência e não uma qualquer pessoa que, por causa desta norma, está proibida ou obrigada a comportar-se de certa maneira, como acontece quando em causa estão normas primárias.

Não sendo possível descortinar uma conduta proibida ou imposta neste art. 7.º, n.º 1, a perda alargada não é uma consequência jurídica associada a uma infracção criminal, porque não se identifica nenhuma norma de conduta, mas somente uma norma secundária, tal e qual como sucedeu aquando da aplicação do método sobre o instituto do registo criminal.

De acordo com o método de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica, quando assim é, não estão reunidas as condições para a aplicação do critério da privação da liberdade, que consubstancia um circunstancialismo suficiente para apresentar a *conclusão final* da aplicação do método sobre a consequência jurídica em análise: a perda alargada não tem natureza penal porque não é uma consequência jurídica de uma norma primária ou de conduta (*motivo da conclusão - segunda camada*), nos termos do método de identificação da natureza penal de consequências jurídicas (*motivo da conclusão e motivo dos motivos - segunda e terceira camadas*).

página intencionalmente deixada em branco

Tese

§ 453. Chegados ao final deste estudo, é momento de explicar a sua ideia central sustentada ao longo deste trajecto e que corresponderá a uma sintética resposta à pergunta de estudo.

Uma resposta relativa à natureza penal de uma consequência jurídica no ordenamento jurídico português deve ser constituída, pelo menos, por três estratos ou camadas: *i)* a *conclusão final*, cuja obtenção é lógico-dedutiva (*primeira camada*); *ii)* os critérios de identificação da natureza penal, que são os *motivos da conclusão final*, e que são produto de teorias jurídico-filosóficas (*segunda camada*); e, por fim, *iii)* os motivos que justificam a escolha destes critérios, ou seja, os critérios de validade dos próprios critérios de identificação da natureza penal, aqui definidos como os *motivos dos motivos, critérios dos critérios* ou *método do método*, de cariz metafilosófico (*terceira camada*).

De acordo com a *terceira camada*, um critério, para se mostrar válido, deve seguir uma *racionalidade adequada*, e deve ser *universal, geral* (1.^a fase de criação de um critério – idealização) e *seguro* (2.^a fase de criação de um critério – execução).

O requisito da *racionalidade adequada* determina que um critério de identificação da natureza jurídica deve ter como essência ou fundamento uma característica obtida de uma *relação substancial* estabelecida entre dois elementos normativos, *sc.* a infracção e a consequência jurídica. Um critério é *universal* quando a característica que o fundamenta é *comum* a todas as consequências penais e é susceptível de as distinguir de *todas* as restantes consequências com uma reconhecidamente distinta natureza. Para tal, é necessário que a característica seja *essencial e necessária* de *todas* as consequências jurídicas a identificar. É *essencial* a característica que sempre fez parte do referente paradigmático do conceito a identificar e que aquele não poderia não ter, sob pena de deixar de ser aquilo que é. Por sua vez, é *necessária* quando a característica pertencer única e exclusivamente àquele referente. Se estes requisitos estiverem preenchidos, o critério considera-se *universal* e, por consequência, *geral*, ou seja, susceptível de ser aplicado *por todos* e não apenas por quem siga uma específica teoria que possa fazer com que o critério deixe de ter sentido nas suas mãos. O que isto significa é que a característica que é essência do critério de identidade deve ser retirada de um truísmo. Por

fim, o critério deve ser *seguro*, i.e., deve possuir uma subjectividade *sustentável* que não torne ineficaz a aplicação do critério de identificação da natureza jurídica.

§ 454. No que respeita ao método de identificação e já não ao seu critério, e tendo em conta que a natureza penal de uma consequência jurídica só pode ser apurada se antes se conhecer a natureza penal da infracção, deve o método de apuramento seguir uma trajectória semelhante à de um *bumerangue*: da consequência jurídica conhece-se a natureza jurídica da infracção e desta conhece-se a natureza jurídica da consequência (consequência jurídica \Rightarrow (natureza da) infracção \Rightarrow (natureza da) consequência jurídica), assim representado:



Deste movimento racionalizante resulta a conclusão de que para se apurar a natureza penal de uma consequência jurídica é necessária a aplicação de dois critérios, nesta ordem: *i*) critério de identificação da natureza penal da infracção; *ii*) critério de identificação da natureza penal da consequência jurídica.

§ 455. O critério relativo à infracção é instrumental do critério atinente à consequência jurídica e é seu *pressuposto de aplicação*, já que, para se aplicar este último, é necessário que o primeiro esteja preenchido.

Na *segunda camada* foi criado um critério relativo à infracção que, por cumprir com todos os requisitos da terceira camada, foi denominado de *critério da privação da liberdade*. Assente na característica essencial e necessária (única ou exclusiva) que é a *susceptibilidade de privação da liberdade da pessoa num estabelecimento prisional do Estado português ou na habitação do condenado* (#), pela prática de um *facto* (f). Nos seus termos uma infracção terá natureza penal (c) se, na previsão normativa da norma sancionatória (proibitiva ou impositiva) onde vem plasmada a infracção, estiver consagrado um *facto* (f) ou comportamento humano e se um dos seus efeitos jurídicos possíveis for a *privação da liberdade num estabelecimento prisional do Estado português ou na habitação do condenado* (#), assim representado numa fórmula: $c \leftrightarrow f \wedge \#$

O seu silogismo é:

- i) Todas as infracções de natureza penal têm um *facto* (*f*) como pressuposto de aplicação e a *privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado português ou na habitação do condenado* (#) como possível consequência jurídica (premissa maior);
- ii) A infracção *x* tem/não tem um *facto* (*f*) como pressuposto de aplicação e a *privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado português ou na habitação do condenado* (#) como possível consequência jurídica (premissa menor);
- iii) Logo, a infracção *x* tem/não tem natureza penal (conclusão).

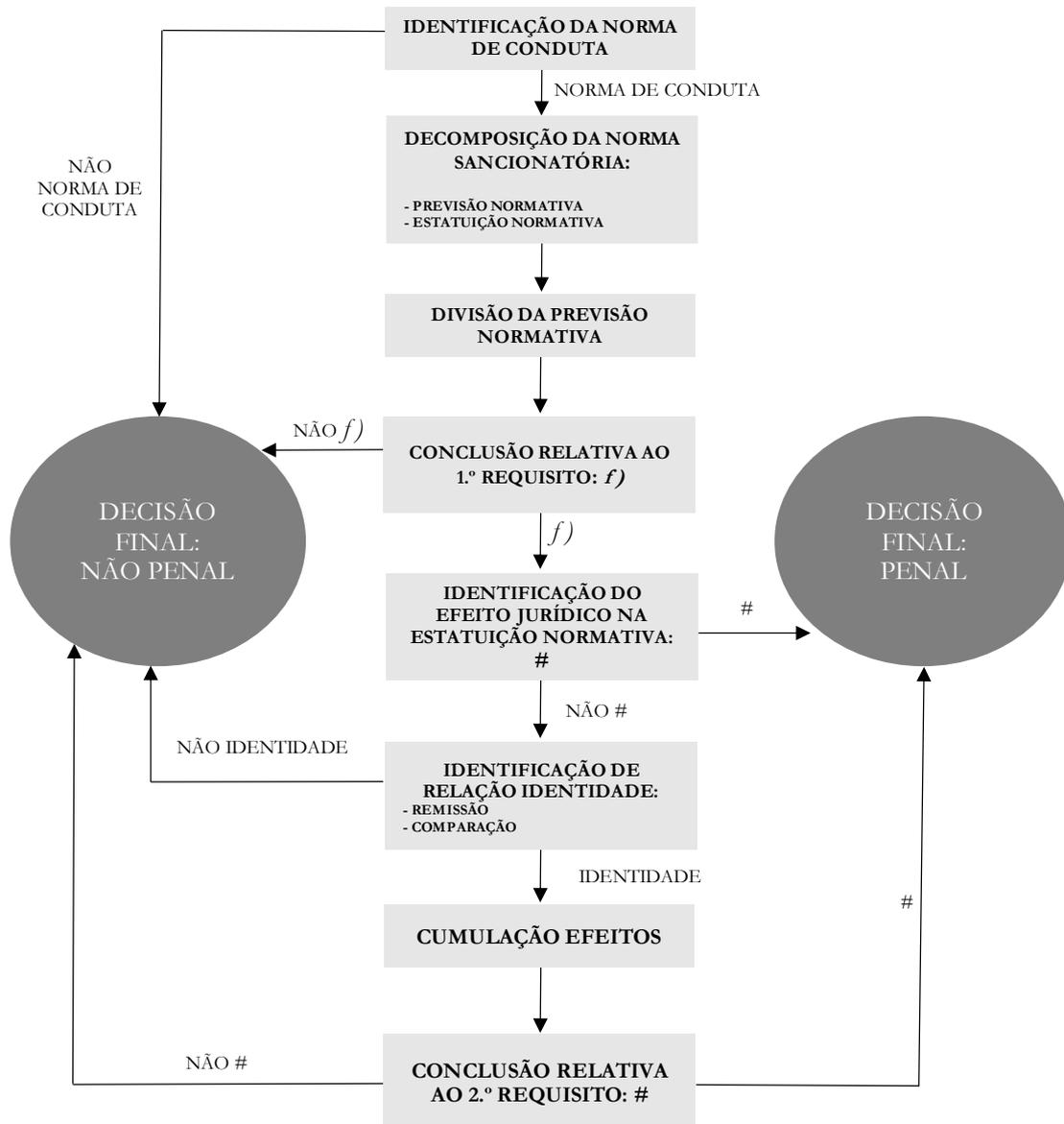
O pressuposto de aplicação do *critério da privação da liberdade* é a *norma de conduta* (proibitiva ou impositiva). Se em causa não estiver uma norma de conduta (proibitiva ou impositiva), não estão reunidas as condições para a aplicação do critério, pelo que a conclusão final da aplicação do método de identificação da natureza penal da infracção jurídica é a de que ela não tem natureza penal e de que, por conseguinte, a consequência jurídica também não.

Preenchido este pressuposto de aplicação, aplica-se o *critério da privação da liberdade*, cujo *método de aplicação* é, em termos sucintos, o seguinte:

- i) *decomposição da norma sancionatória em dois elementos da estrutura normativa*: previsão normativa e estatuição normativa;
- ii) *divisão da previsão normativa em pressupostos*;
- iii) *conclusão relativa ao primeiro requisito*: se não se verifica um comportamento humano (*f*), a natureza jurídica não é penal; se se verifica, prossegue-se a aplicação do critério;
- iv) *identificação dos efeitos jurídicos*: se a *privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado português ou na habitação do condenado* (#) for um dos efeitos, a infracção tem natureza penal, senão continua-se a aplicar o critério;
- v) *identificação de uma relação de identidade de previsões normativas*, por *remissão* ou por *comparação*: se não se verificar uma relação de identidade, a conclusão final é a de que a infracção jurídica não tem natureza penal, caso contrário, passa-se à etapa seguinte do método;
- vi) *cumulação dos efeitos jurídicos* à previsão normativa seleccionada;
- vii) *conclusão final*: se um desses efeitos for *privação da liberdade em estabelecimentos prisionais do Estado português ou na habitação do condenado* (#), a infracção tem natureza penal ($c \leftrightarrow f \wedge \#$), senão não tem ($c \leftrightarrow f \wedge \neg \#$).

No *diagrama* seguinte está representado o *método de aplicação* do *critério da privação da liberdade*.

Diagrama do método de aplicação do critério da privação da liberdade (c ↔ f ∧ #)



§ 456. Ainda na *segunda camada* da resposta, e desde que preenchido o critério da privação da liberdade, deve constar o resultado da aplicação do critério de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica que, por cumprir todos os requisitos

provenientes da terceira camada, foi denominado de *critério da gravidade do facto*. Nos seus termos, uma consequência jurídica terá natureza penal (Qp) se a *gravidade do facto ilícito-típico* (c') for *factor de determinação da proporcionalidade da consequência jurídica* (f^p), assim representado na seguinte fórmula: $Qp \leftrightarrow f^p (c')$

É este o seu silogismo:

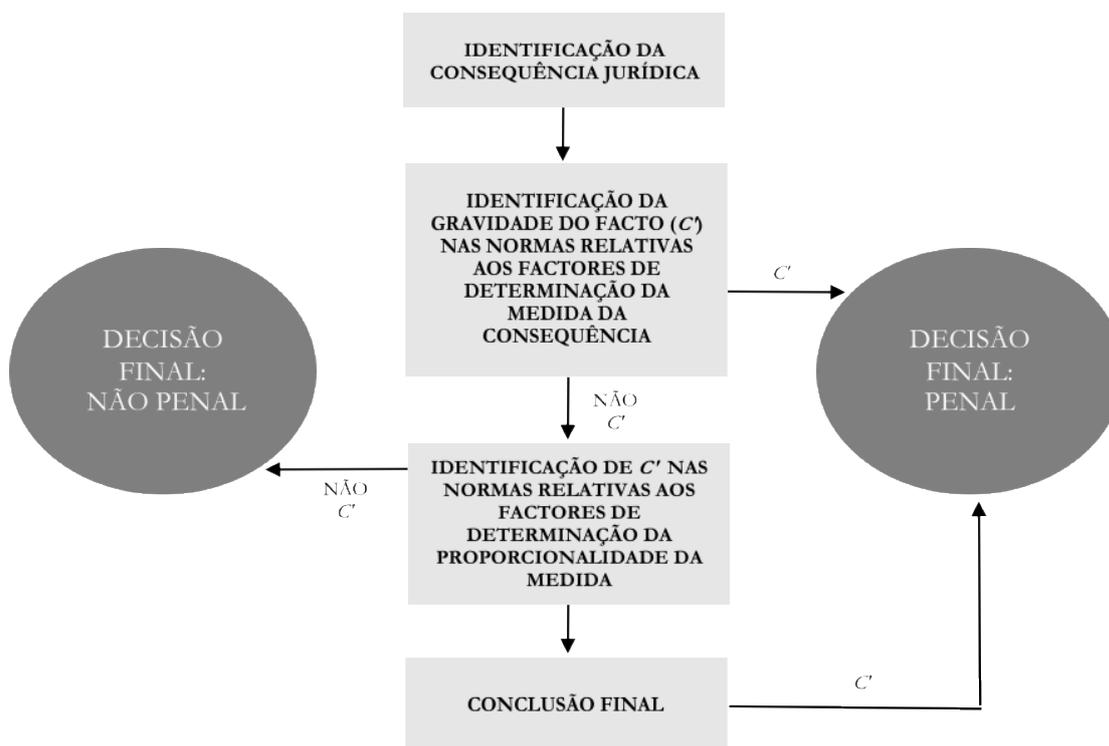
- i) Todas as consequências jurídicas de natureza penal têm a *gravidade do facto* (c') como *factor de determinação da sua proporcionalidade* (f^p) (premissa maior);
- ii) A consequência jurídica x tem/não tem a *gravidade do facto* (c') como *factor de determinação da sua proporcionalidade* (f^p) (premissa menor);
- iii) Logo, a consequência jurídica x tem/não tem natureza penal (conclusão).

O seu *método de aplicação* é este:

- i) *identificação da consequência jurídica* a analisar;
- ii) *identificação das normas relativas aos factores de determinação da medida da consequência*: se existirem essas normas, verifica-se se a gravidade do facto (c') é um desses factores; se for, a conclusão final é a de que a consequência jurídica tem natureza penal, caso contrário, deve passar-se à etapa seguinte;
- iii) *identificação das normas relativas aos factores de proporcionalidade da consequência*: se as houver, deve-se apurar se a gravidade do facto (c') é um desses factores; tal como na fase anterior, a confirmar-se o predito, a conclusão será a de que a consequência tem natureza penal, sob pena de se ter de continuar a aplicação do método;
- iv) *conclusão final*: se não existirem normas relativas à proporcionalidade da consequência ou se, existindo, delas não constar a gravidade do facto (c'), deve proceder-se a uma interpretação hermenêutico-teleológica das normas que compõem o regime jurídico da consequência jurídica, que servirá de fundamentação da *conclusão final*. Se se concluir que a gravidade do facto é um factor (autónomo ou não) de determinação da proporcionalidade, a consequência terá natureza penal. Senão, não terá natureza penal.

No *diagrama* seguinte está representado o *método de aplicação do critério da gravidade do facto*:

Diagrama do método de aplicação do critério da gravidade do facto ($Qp \leftrightarrow f^p(c')$)

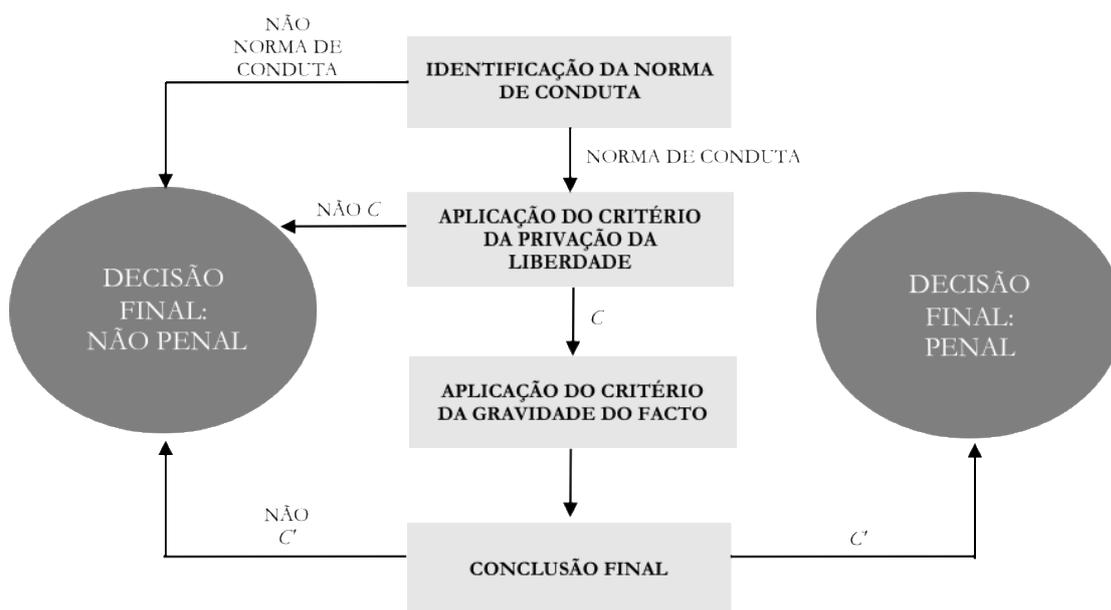


§ 457. A resposta à pergunta de estudo pode sintetizar-se assim: para se identificar a natureza penal de uma consequência jurídica na ordem jurídica portuguesa, deve-se primeiramente aplicar, nos termos do seu *modo de aplicação*, o *critério da privação da liberdade* ($c \leftrightarrow f \wedge \#$). Se, na sequência, a sua conclusão final ditar que a infracção jurídica tem natureza penal, estará preenchido este critério e, por conseguinte, o pressuposto de aplicação do critério da gravidade do facto. Num segundo momento, deve-se aplicar o *critério da gravidade do facto* ($Qp \leftrightarrow f^p(c')$) de acordo com o seu *modo de aplicação* e verificar se o mesmo se mostra preenchido.

A aplicação do método de identificação da natureza penal de uma consequência jurídica ($(c \leftrightarrow f \wedge \#) \wedge (Qp \leftrightarrow f^p(c'))$) será o *motivo da conclusão final*, que consubstancia a *segunda camada* de uma resposta relativa à natureza penal de uma consequência jurídica na ordem jurídica portuguesa, e que se representa assim sob a forma de diagrama:

Diagrama do método de identificação da natureza penal de consequências jurídicas

$$((c \leftrightarrow f \wedge \#) \wedge (Qp \leftrightarrow f^p(c)))$$



§ 458. Por fim, a *primeira camada* é onde estará exposta a *conclusão final* da resposta, que seguirá um de dois sentidos possíveis:

- i) a consequência jurídica tem natureza penal;
- ii) a consequência jurídica não tem natureza penal.

O seu sentido será resultado de um processo lógico-dedutivo aplicado sobre os *motivos da conclusão final*: se o *critério da gravidade do facto* se mostrar preenchido, o sentido da *conclusão final* será, automaticamente, o de que a consequência jurídica tem natureza penal; se não for preenchido, o sentido da *conclusão final* será o de que a consequência jurídica não tem natureza penal.

Aqui acabam as palavras.

página intencionalmente deixada em branco

Referências

I – Bibliografia

- ADLER, Jacob, *The Urgings of Conscience – A Theory of Punishment*, Temple University Press, Filadélfia, 1992
- AGUILAR, Torres, “La pena de exílio: sus orígenes en el Derecho Romano”, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 63 (1993)
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed., Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, 2010
- ALCHOURRÓN, Carlos, “On Law and Logic”, in *Ratio Juris*, vol. 9, n.º 4, Dezembro de 1996
- ALEXY, Robert, “The Nature of Legal Philosophy”, in *Ratio Juris*, vol. 17, n.º 2, Junho de 2004
- ALEXY, Robert, “On the Concept and the Nature of Law”, in *Ratio Juris*, vol. 21, n.º 3, Setembro de 2008
- AQUINO, São Tomás de, *Suma de Teología*, Parte I, 4.ª Ed., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001
- ARENDT, Hannah, *A Condição Humana*, tradução de Roberto Raposo, Relógio D’Água Eds., Lisboa, 2001
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómano*, tradução por António de Castro Caeiro, 4.ª Ed., Quetzal Editores, 2009
- ARMSTRONG, K. G., “The Retributivist hits back”, in *Mind*, Vol. LXX, *issue* 280, Outubro de 1961
- ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002
- ANTUNES, Maria João, *Penas e Medidas de Segurança*, Almedina, Coimbra, 2017
- AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995
- BARKER, Kit, “Theorising Unjust Enrichment Law - Being Realist(ic)?”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n.º 3, 2006
- BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, tradução de José de Faria Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014
- BENN, Stanley I., “An Approach to the Problems of Punishment?”, in *Philosophy*, Vol. 33, *Issue* 172, Outubro de 1958
- BENTHAM, Jeremy, *The Rationale of Punishment*, Robert Heward, Londres, 1830
- BERGER, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, 1953
- BIRKS, Peter, “Equity in the Modern Law: An Exercise in Taxonomy”, in *Western Australia Law Review*, n.º 1, vol. 26, 1996
- BIX, Brian, “Raz on Necessity”, in *Law and Philosophy*, vol. 22, 2003
- BOONIN, David, *The Problem of Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008
- BORGES, Francisco, “Perda Alargada de Bens: Alguns Problemas de Constitucionalidade”, in José de Faria Costa *et al.* (org.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, vol. I, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018

- BOUCHT, Johan, “Civil Asset Forfeiture and the Presumption of Innocence under Article 6(2) ECHR” in Jon Peter Rui / Ulrich Sieber (eds.) *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für Ausländisches und Internationales Strafrecht: Strafrechtliche Forschungsberichte, vol. 146, Duncker & Humblot, 2015
- BOUCHT, Johan, *The Limits of Asset Confiscation – On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*, Hart Publishing, Oxford, 2017
- BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-ordenações: Da Cisão à Convergência Material*, Coimbra Ed., Coimbra 2016
- BRANDÃO, Nuno / VEIGA, António Miguel, “Artigo 4.º Terrorismo”, in *Terrorismo: legislação comentada: textos doutrinários* (coordenação de José Manuel Aroso Linhares, Maria João Antunes), 1.ª ed., Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019
- BRASIELLO, Ugo, *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo XIV, Editrice Torinese, Torino, 1957
- BURGE, Tyler, “Individualism and the Mental”, in *Studies in Epistemology: Midwest Studies in Philosophy*, n.º 4, 1979
- CAEIRO, Pedro, “Levy Maria Jordão, Visconde de Paiva Manso. Notas bio-bibliográficas”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 71, 1995
- CAEIRO, Pedro, “A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2011, e a Relação entre a Punição do Branqueamento e o Facto Precedente: Necessidade e Oportunidade de uma Reforma Legislativa” in *Separata de Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003
- CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito””, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 21, 2011
- CAEIRO, Pedro, e LEMOS, Miguel Ângelo, “Country Analysis – Portugal”, in *Administrative Sanctions in the European Union* (editado por Oswald Jansen), Intersentia, 2013;
- CAEIRO, Pedro, “The influence of the EU on the “blurring” between administrative and criminal law”, in Francesca Galli / Anne Weyembergh (eds.), *Do labels still matter?*, Ed. ULB, Bruxelas, 2014
- CAEIRO, Pedro, “A coerência dos sistemas penais em face do direito europeu”, in *O Espaço de liberdade, segurança e justiça na UE: desenvolvimentos recentes*, coord. Constança Urbano de Sousa, Edial, Lisboa, 2014
- CAEIRO, Pedro, “A natureza jurídica da responsabilidade financeira sancionatória e a concorrência entre infrações financeiras e crimes: o olhar de um estrangeiro”, in *Relevância e Efectividade da Jurisdição Financeira no Século XXI (Ciclo de Seminários)*, Tribunal de Contas/ Imprensa Nacional, Lisboa, 2019
- CAEIRO, Pedro, “O Confisco numa Perspectiva de Política Criminal Europeia”, in *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2018
- CALHOUN, George Miller, *The growth of criminal law in Ancient Greece*, The Law Book Exchange, New Jersey, 2000
- CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Geral do Direito*, traduzido por Afonso Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro, Arménio Amado Ed., Coimbra, 1942
- CARNELUTTI, Francesco, *Metodología del Derecho*, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2003

- CASTRO, António Vaz de, “O Novo Regime da Perda dos Instrumentos do “Crime”, in *Revista Vida Judiciária*, n.º 203, Setembro/Outubro 2017
- CORREIA, João Conde, *Da Proibição do Confisco à Perda Alargada*, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, 2012
- CORREIA, João Conde, “Reflexos da diretiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no Direito Português vigente” in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 2, 2014
- CORREIA, João Conde, “Presunção de proveniência ilícita de bens para perda alargada: anotação aos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 101, 392 e 476/2015, in *Revista do Ministério Público*, n.º 145, ano 37, Janeiro-Março de 2016
- CORREIA, Eduardo, *Estudos sobre a evolução das penas no direito português*, in Separata do volume LIII do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. I, Coimbra, 1977
- COSTA, José de Faria, “Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: *playdoyer* por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 141.º, n.º 3973, Março-Abril de 2012
- COSTA, Miguel João / FIGUEIREDO, José Miguel, “A Reparação no Direito Penal Português Constituído e Constituendo. Recentes expressões da figura e desconstrução de algumas propostas”, in *Jusjournal*, n.º 1016, de 25 de Maio de 2010
- CUNHA, José Damião da, *Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004
- CUNHA, José Damião da, “Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7.º- 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Económico-Financeira)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. III, 2009
- CUNHA, José Damião da, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira – A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro de 2002*, Universidade Católica, Porto, 2017
- DAGAN, Hanoch, *The Law and Ethics of Restitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004
- DELEUZE, Gilles, *Difference and Repetition*, traduzido por Paul Patton, Columbia University Press, New York, 1994
- DESCARTES, Réne, *O Discurso do Método – As Paixões da Alma*, traduzido por Newton de Macedo, Livraria Sá da Costa Editora, Lisboa, 1976
- DIAS, Augusto Silva, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Maria Fernanda Palma / Augusto Silva Dias / Paulo Sousa Mendes (coords.), Almedina, Coimbra, 2010
- DIAS, Augusto Silva, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal* (coordenação: Rui do Carmo e Helena Leitão), CEJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos “In Memoriam” do Prof. Doutor José Belega dos Santos*, Coimbra, 1966
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, I*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1983

- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 116. 1983-84
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal português. Parte Geral, Tomo II. As Consequências Jurídicas do Crime*, 1.ª ed. (4.ª Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2013
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal - Parte Geral, Tomo I - Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 3.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2019
- DIAS, Maria do Carmo Silva, “Perda Alargada prevista na Diretiva 2014/42/UE (Artigo 5.º) e “Perda do Valor de Vantagem de Atividade Criminosa” Prevista na Lei n.º 5/2002 (Artigos 7.º a 12.º)”, in *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2018
- DICKSON, Julie, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2001
- DIJK, Pieter Van / HOOFF, Fried Von / RIJN, Arjen Van / ZWAAK, Leo, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4.ª ed., Intersentia, Antuérpia, 2006
- DUARTE, David, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Almedina, Coimbra, 2006
- DURKHEIM, Emile, *The Division of Labour in Society*, tradução por W. D. Halls, The McMillan Press Ltd, Hampshire, 1984
- EDELMAN, James, *Gain-Based Damages – Contract, Tort Equity and Intellectual Property*, Hart Publishing, Oxford, 2002
- FERNANDEZ-BERTIER, Michaël, “The History of Confiscation Laws : From the Book of Exodus to the War on White-Collar Crime”, in Katalin Ligeti / Michele Simonato (eds.), *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Hart, Oxford, 2017,
- FERRÃO, Silva, *Theoria do direito penal applicada ao código penal português comparado com o código do Brazil, leis patrias, códigos e leis criminaes dos povos antigos e modernos*, vol. II, Imprensa Nacional, Lisboa, 1856
- FERRARI, Vincenzo, *Funzioni del Diritto – Saggio critico-ricostruttivo*, Editori Laterza, Roma/Bari, 1992
- FINE, Kit, “Essence and Modality”, in *Philosophical Perspectives*, vol. 8, 1994
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011
- FLEW, Anthony, “The Justification of Punishment” in *Philosophy – The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, Vol. XXIX, n.º 111, Outubro de 1954
- FREGE, Gottlob, *The Foundations of Arithmetic – A logico-mathematical enquiry into the concept of number*, traduzido por J. L. Austin, 2.ª ed. revista, Harper Torchbook, Nova Iorque, 1960
- GARLAND, David, *Punishment and Modern Society*, University of Chicago Press, Chicago, 1993
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida, *O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade – fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância*, Coimbra, 2012
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida, “Direitos humanos e Pandemia”, in *Responsabilidade em Saúde Pública no Mundo Lusófono: Fazendo Justiça Durante e Além da Emergência da COVID* (coord. André Dias Pereira), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Março de 2021
- GIGLIO, Francesco, *The Foundations of Restitution for Wrongs*, Hart Publishing, Oxford, 2007

- GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz, “The Social Source Thesis, Metaphysics and Metaphilosophy”, in *Metaphilosophy of Law*, editado por Pawel Banaś, Adam Dyrda e Tomasz Gizbert-Studnicki, Hart Publishing, Portland, 2016
- GODINHO, Jorge, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003
- GODINHO, Jorge, “Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau” in *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa*, Leonel Alves / Paulo Cardinal (coordenadores), Coimbra Editora, Coimbra, 2009
- GRÁCIO, Rui Alexandre, *Racionalidade Argumentativa*, Edições ASA, Porto, 1993
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 3.ª Ed., Oxford University Press, Oxford, 2012
- HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, 2. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2008
- HARRIS, D., et al., *Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009
- HASLANGER, Sally, “Gender and Race: (What) Are They? (What) Do We Want Them To Be?”, in *Noûs*, vol. 34, n.º 1, 2000
- HASLANGER, Sally, “What are we talking about? The Semantics and Politics of Social Kinds”, in *Hypatia*, vol. 20, n.º 4, 2005
- HEGEL, G. W. F., *Philosophy of Right*, traduzido por S. W. Dyde, Batoche Books, Kitchener, 2001
- HEGEL, G. W. F., *Hegel's Philosophy of Nature – Part II of the Encyclopedia of the Philosophical Sciences*, traduzido e editado por A. V. Miller, Oxford University Press, Oxford, 2004
- HELEN, H., “Hit Them Where it Hurts Most? The Proceeds-of-crime Approach in the Netherlands” in *Crime, Law & Social Change*, n.º 41, 2004
- HENRIQUES, Leal / SANTOS, Simas, *O Código Penal de 1982: Referências Doutrinárias, Indicações Legislativas, Resenha Jurisprudencial*, Rei dos Livros, Lisboa, 1986
- HIMMA, Kenneth Einar, “Conceptual Jurisprudence - An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory”, in *Revus*, n.º 26, 2015
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Oxford University Press, Oxford, 1996
- HOMERO, *Iliada*, tradução de Frederico Lourenço, Quetzal Editores, 1.ª ed., Maio de 2019
- HONDERICH, Ted, *Punishment – The Supposed Justifications Revisited*, Pluto Press, Londres, 2006
- IACONA, Andrea / MARCONI, Diego, “Petitio Principii: What's wrong?”, in *Facta Philosophica*, n.º 7, 2005
- IVORY, R., *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human Rights of Bad Guys*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014
- JACKSON, Frank, *From Metaphysics to Ethics – A Defence of Concept Analysis*, Clarendon Press, Oxford, 1998
- JAFFEY, Peter, *The Nature and Scope of Restitution – Vitiating Transfers, Imputed Contracts and Disgorgements*, Hart Publishing, Oxford, 2000
- JAL, Paul, “La “Publicatio bonorum” dans la Rome de la fin de la République”, in *Bulletin de l'Association Guillaume Budé: Lettres d'humanité*, n.º 26, Décembre 1967

- KANT, Immanuel, *Lectures on Ethics*, traduzido por Peter Heath, Cambridge University Press, Cambridge, 1997
- KANT, Immanuel, *Critique of Practical Reason*, traduzido por Mary Gregor, Cambridge University Press, Cambridge, 2015
- KHATCHADOURIAN, Haig, “Common Names and "Family Resemblances"”, in *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 18, n.º. 3, Março de 1958
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, tradução por Anders Wedberg, Harvard University Press, Cambridge, 1949
- KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law*, tradução da 2.ª Ed. alemã, alargada e revista, por Max Knight, New Jersey, 2005
- LEANZA, P./PRIDAL, O., *The Right to a Fair Trial – Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Wolters Kluwer, Alphen aan den rijn, 2014
- LEITÃO, Luis de Menezes, *O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2005
- LEITE, Inês Ferreira, *Ne (Idem) Bis in Idem. Proibição de Dupla Punição de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, vol. I., Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa ed., Lisboa, 2016
- LÉVI-STRAUSS, Claude, *The Savage Mind*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1962
- LINHARES, J. M. Aroso, *O Binómio Casos Fáceis/ Casos Difíceis e a Categoria de Inteligibilidade do Sistema Jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017
- JOHNSTON, Mark / LESLIE, Sarah-Jane, “Concepts, Analysis, Generics and the Canberra Plan”, in *Philosophical Perspectives*, vol. 26, Issue 1, Dezembro de 2012
- JOVANOVIĆ, Miodrag A., *The Nature of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019
- JORDÃO, Levy Maria, *Commentário ao código penal português*, vols. III e IV, pp. 335 e 336, typ. de José Baptista Morando, Lisboa, 1853
- KORKUNOV, N. M., *General Theory of Law*, 2.ª ed., traduzido por W. G. Hastings, MacMillan Company, Nova Iorque, 1922
- LOWE, E. J., *A Survey of Metaphysics*, Oxford University Press, Oxford, 2002
- LOWE, E. J., “Objects and Criteria of Identity” in *A Companion to the Philosophy of Language*, editado por B. Hale e C. Wright, 2.ª ed., Wiley-Blackwell, Oxford, 2017
- MARCOS, Rui, *A Legislação Pombalina – alguns aspectos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2006
- MARMOR, Andrei, “Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence) in *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, editado por Wil Waluchow e Stefan Sciaraffa, Oxford University Press, Oxford, 2013
- MARQUES, Paulo Silva, “O Confisco Ampliado no Direito Penal Português”, in *Lusitana. Direito*, n.º 10, 2012
- MASERA, Luca, *La Nozione Costituzionale di Materia Penale*, G. Giappichelli Editore, Turim, 2018
- MAUGERI, Anna Maria, *Le moderne sanzione patrimonial tra funzionalità e garantismo*, Università di Catania, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Nuova Serie, 174, Giuffrè Editore, Catania, 2001.
- MAUGERI, Anna Maria, “La tutela della proprietà nella CEDU e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca”, in M. Montagna (org), *Sequestro e confisca*, Giappichelli editore, Turim, 2017

- MCKENDRICK, Ewan, “Taxonomy: does it matter?”, in *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, eds. David Johnston e Reinhard Zimmermann, Cambridge University Press, Cambridge 2004
- MCPERSON, Thomas, “Punishment: definition and justification”, in *Analysis*, vol. 28, *issue* 1, Outubro de 1967
- MERCIER, Adèle, “Meaning and Necessity: Can Semantics Stop Same-Sex Marriage?”, in *The Philosophy of Language*, vol. 8, *Issue* 1, artigo n.º 14, 2007
- MOMMSEN, Theodoro, *El Derecho Penal Romano*, Tomo I, tradução por Pedro Dorado Montero, Analecta Editorial, Pamplona, 1999
- NEVES, Castanheira, *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*, Coimbra, 1968
- NEVES, Castanheira, “A unidade do sistema jurídico: O seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1979.
- NEVES, Castanheira, *Apontamentos de Metodologia Jurídica: segundo as Lições*, Coimbra, 1988-1989
- NEVES, Castanheira, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993
- NEVES, Castanheira, *Teoria do Direito – Lições proferidas no ano lectivo de 1998/99*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1998
- NEVES, Castanheira, “Entre o “legislador” e a “sociedade” e o “juiz” ou entre o “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 74, 1998
- NEVES, Castanheira, *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. III (Reimpressão), 2010
- NIETZSCHE, Friedrich, *A Genealogia da Moral*, tradução de Carlos José de Menezes, 3.ª Ed., Guimarães & C.ª Editores, Lisboa, 1976
- NIETZSCHE, Friedrich, *Beyond Good and Evil: Prelude to a Philosophy of the Future* (traduzido por Judith Norman), Cambridge University Press, Cambridge, 2002
- NIETZSCHE, Friedrich, *Ecce Homo: How To Become What You Are* (traduzido por Duncan Large), Oxford University Press, Oxford, 2007
- OVEY, C. / WHITE, R., *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, 4.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006
- PANZAVOLTA, Michele / FLOR, Roberto, “A Necessary Evil? The Italian “Non-Criminal System” of Asset Forfeiture”, in Jon Peter Rui / Ulrich Sieber (eds.) *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für Ausländisches und Internationales Strafrecht: Strafrechtliche Forschungsberichte, vol. 146, Duncker & Humblot, 2015
- PANZAVOLTA, Michele, “Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation Without a Conviction?”, in Katalin Ligeti/Michele Simonato (eds.), *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Hart, Oxford, 2017
- PERRY, Stephen R., “Hart’s Methodological Positivism”, in *Legal Theory*, vol. 4, *Issue* 4, Dezembro de 1998
- PLATÃO, *Górgias*, Edições 70, Lisboa, 2006
- PUTNAM, Hilary, “Meaning and Reference”, in *The Journal of Philosophy*, vol. 70, n.º 19, Novembro de 1973

- RAWLS, John, “Two Concepts of Rules”, in *The Philosophical Review*, Vol. 64, n.º 1, Janeiro de 1955
- RAZ, Joseph, “Can There Be a Theory of Law?”, in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, editado por Martin Golding and William Edmundson, Blackwell Publishing, Oxford, 2005
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, 1.ª Ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2014
- RODRIGUES, Hélio, “O Confisco das Vantagens do Crime: Entre os Direitos dos Homens e os Deveres dos Estados – A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em Matéria de Confisco”, in *O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2018
- RUSSELL, Bertrand, *Principles of Mathematics*, Routledge Classics, Londres/Nova Iorque, 2010
- SALERNO, Francesco, *Dalla “Consecratio” alla “Publicatio bonorum”: Forme giuridiche e uso politico dalle origini a Cesare*, Jovene, Nápoles, 1990
- SANDEL, Michael J., *Justiça – Fazemos o que Devemos?*, tradução por Ana Cristina Pais, Editorial Presença, Lisboa, 2011
- SANTALUCIA, Bernardo, *Derecho Penal Romano* (tradução de Javier Parido e Carmen Velasco), Madrid, 1990
- SANTOS, Hugo Luz, “O acórdão do TEDH *Varvara c. Itália* e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no “crime doesn’t pay?””, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXIII, n.º 334, 2014
- SCHAUER, Frederick, “The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson” in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, n.º 3, 2005
- SCHAUER, Frederick, “Necessity, Importance and the Nature of Law”, in *Neutrality and Theory of Law*, J. Ferrer Beltrán, J. J. Moreso e D. M. Papayannis (eds.), Springer, Dordrecht, 2013
- SCHAUER, Frederick, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015
- SCHUNKE, Malin Thunberg, *Extended Confiscation in Criminal law, National, European and International Perspectives*, Intersentia, Cambridge, 2017
- SHERWIN, Emily, “Legal Taxonomy”, in *Legal Theory*, n.º 15, 2009
- SHAPIRO, Scott J., *Legality*, Harvard University Press, Cambridge, 2011
- SIMÕES, Eudides Dâmaso / TRINDADE, José Luis, “Recuperação de ativos – Confisco sem ação penal – A “*actio in rem*” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, in *Julgare Online*, Março de 2016 (disponível em: <http://julgar.pt/recuperacao-de-ativos-confisco-sem-acao-penal-a-actio-in-rem-na-jurisprudencia-do-tribunal-europeu-dos-direitos-humanos/>)
- SIMONATO, Michele, “Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains”, in *Era Forum*, vol. 18 (3), Setembro de 2017
- SIMPSON, George Gaylord, *Principles of Animal Taxonomy*, Columbia University Press, Nova Iorque, 1961
- SOMERS-HALL, Henry, *Deleuze’s Difference and Repetition – An Edinburgh Philosophical Guide*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2013
- SPAAK, Torben, “Schauer’s Anti-Essencialism” in *Ratio Juris*, vol. n.º 29, n.º 2, Junho de 2016
- SPAAK, Torben, “The Camberra Plan and the Nature of Law”, in *Metaphilosophy of Law*, editado por Pawel Banaś, Adam Dyrda e Tomasz Gizbert-Studnicki, Hart Publishing, Portland, 2016

- SPINOZA, Benedict de, *Ethics Proved in Geometrical Order* (traduzido por Michael Silverthorne e Matthew Kisner), Cambridge University Press, Cambridge, 2018
- STAVROPOULOS, Nico, “Hart’s Semantics”, in *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, editado por J. L. Coleman, Oxford University Press, Oxford, 2001
- STESENS, G., *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003
- STOLJAR, Natalie, “What do We Want Law to Be?” in *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, editado por Wil Waluchow e Stefan Scaraffa, Oxford University Press, Oxford, 2013
- SUMMERS, Robert S., “The New Analytical Jurists”, in *New York University Law Review*, vol. 41, 1966
- TELLA, Maria Falcón y / TELLA, Fernando Falcón y, *Punishment and Culture – A Right to Punish?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006
- VERVAELE, John, “Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais”, in *Revue de Science Criminelle*, n.º 1, 1998
- VIRGO, Graham, *The Principles of the Law of Restitution*, 3.ª Ed., Oxford University Press, Oxford, 2015
- WALTON, Douglas, *Informal Logic – A Pragmatic Approach*, 2.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008
- WARBURTON, Nigel, *Thinking from A to Z*, 2.ª ed., Routledge, Nova Iorque, 2000
- WEINRIB, Ernest J., *Corrective Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2012
- WILLIAMSON, Timothy, *Identity and Discrimination*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2013
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophical Investigations*, 3.ª ed., Oxford: Basil Blackwell, Oxford, 1958
- WONG, Christoffer, “Criminal sanctions and administrative penalties: the *quid* of the *ne bis in idem* principle and some original sins”, in Francesca Galli / Anne Weyembergh (eds.), *Do labels still matter?*, Ed. ULB, Bruxelles, 2014

página intencionalmente deixada em branco

II – Jurisprudência

A. Acórdão da Comissão Constitucional

- Acórdão da Comissão Constitucional n.º 149, de 13 de Março de 1979

B. Acórdãos do Tribunal Constitucional

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 336/2006, proc. n.º 901/05, de 18 de Maio
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, proc. n.º 182/12, de 4 de Abril
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2015, proc. n.º 1090/13, de 11 de Janeiro
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2015, proc. n.º 665/15, de 12 de Agosto
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 476/2015, proc. n.º 1163/14, de 30 de Setembro
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 498/2019, proc. n.º 457/18, de 26 de Setembro

C. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça e das Relações

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Outubro de 2006, proc. n.º 06P3163
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17 de Setembro de 2014, proc. n.º 1653/12.2JAPRT.P1
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 31 de Maio de 2017, proc. n.º 259/15.9IDPRT.P1
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12 de Setembro de 2018, proc. 260/16.5IDPRT.P1

D. Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

- Acórdão *Delcourt v. Belgium*, Proc. n.º 2689/65, de 17.01.1970
- Acórdão *Lazlo Kiss v. The United Kingdom*, Proc. n.º 6224/73, de 16.12.1973
- Acórdão *Engel and Others v. The Netherlands*, Procs. n.ºs 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, de 8.07.1976
- Acórdão *König v. Germany*, Proc. n.º 6232/73, de 28.06.1978
- Acórdão *Deneer v. Belgium*, Proc. n.º 6903/75, de 27.02.1980
- Acórdão *Agosi v. The United Kingdom*, Proc. n.º 9118/80, de 24.10.1980
- Acórdão *Adolf v. Austria*, Proc. n.º 8269/78, de 26.03.1982
- Acórdão *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, Procs. n.ºs 7819/77 e 7878/77, de 28.06.1984
- Acórdão *Öztürk v. Germany*, Proc. n.º 8544/79, de 21.02.1984

- Acórdão *Lutz v. Germany*, Proc. n.º 9912/82, de 25.08.1987
- Acórdão *Salabiaku v. France*, Proc. n.º 10519/83, de 7.10.1988
- Acórdão *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, Proc. n.º 10873/84, de 7.07.1989
- Acórdão *Weber v. Switzerland*, Proc. n.º 11034/84, de 2.05.1990
- Acórdão *Demicoli v. Malta*, Proc. n.º 13057/87, de 27.08.1991
- Acórdão *Raimondo v. Italy*, Proc. n.º 12954/87, de 22.02.1994
- Acórdão *Bendenoun v. France*, Proc. n.º 12547/86, de 24.02.1994
- Acórdão *Ravnborg v. Sweden*, Proc. n.º 14220/88, de 23.03.1994
- Acórdão *Welch v. United Kingdom*, Proc. n.º 17440/90, de 9.02.1995
- Acórdão *Air Canada v. The United Kingdom*, Proc. n.º 18465/91, de 5.05.1995
- Acórdão *Schmautzer v. Austria*, Proc. n.º 15523/89, de 23.10.1995
- Acórdão *Gradinger v. Austria*, Proc. n.º 15963/90, de 23.10.1995
- Acórdão *Putz v. Austria*, Proc. n.º 18892/91, de 22.02.1996
- Acórdão *Benham v. The United Kingdom*, Proc. n.º 19380/92, de 10.06.1996
- Acórdão *Pullar v. United Kingdom*, Proc. n.º 22399/93, de 10.06.1996
- Acórdão *E.L., R.L. and J.O.-L v. Switzerland*, Proc. n.º 75/1996/694/886, de 29.08.1997
- Acórdão *Garyfallou Aebe v. Greece*, Proc. n.º 18996/91, de 24.09.1997
- Acórdão *Pierre-Bloch v. France*, Proc. n.º 120/1996/732/938, de 21.10.1997
- Acórdão *Malige v. France*, Proc. n.º 27812/95, de 25.09.1998
- Acórdão *Escoubet v. Belgium*, Proc. n.º 26780/95, de 28.10.1999
- Acórdão *Lukesch v. Austria*, Proc. n.º 37075, de 21.11.2000
- Acórdão *Inocência v. Portugal*, Proc. n.º 43862/98, de 11.01.2001
- Acórdão *Phillips v. The United Kingdom*, Proc. n.º 41087/98, de 5.07.2001
- Acórdão *Arcuri v. Italy*, Proc. n.º 52024/99, de 5.07.2001
- Acórdão *Riela and Others v. Italy*, Proc. n.º 52439/99, de 4.09.2001
- Acórdão *Butler v. The United Kingdom*, Proc. n.º 41661/98, de 27.06.2002
- Acórdão *Janosevic v. Sweden*, Proc. n.º 34619/97, de 23.07.2002
- Acórdão *Yildirim v. Italy*, Proc. n.º 38602/02, de 10.04.2003
- Acórdão *Ezeh and Connors v. The United Kingdom*, Procs. n.ºs 39665/98 e 40086/98, de 9.10.2003
- Acórdão *Webb v. The United Kingdom*, Proc. n.º 56054/00, de 10.02.2004

- Acórdão *Ziliberberg v. Moldova*, Proc n.º 61821/00, de 1.02.2005
- Acórdão *Gogitidze and Others v. Georgia*, Proc n.º 36862/05, de 12.05.2005
- Acórdão *Walsh v. The United Kingdom*, Proc n.º 43384/05, de 21.11.2006
- Acórdão *Jussila v. Finlândia*, Proc n.º 73053/01, de 23.11.2006
- Acórdão *Storbråen v. Norway*, Proc n.º 12277/04, de 1.02.2007
- Acórdão *Dassa Foundation and Others v. Liechtenstein*, Proc n.º 696/05, de 10.07.2007
- Acórdão *Haarvig v. Norway*, Proc n.º 11187/05, de 17.06.2008
- Acórdão *Paraponiaris v. Greece*, Proc n.º 42132/06, de 25.09.2008
- Acórdão *SudFondi S.r.l. and Others v. Italy*, Proc n.º 75909, de 20.01.2009
- Acórdão *Zolotukhin v. Russia*, Proc n.º 14939/03, de 10.02.2009
- Acórdão *Leone v. Italy*, Proc n.º 30506/07, 2.02.2010
- Acórdão *Capitani and Campanella v. Italy*, Proc n.º 24920/07, de 17.05.2011
- Acórdão *Paleari v. Italy*, Proc n.º 55772/08, de 26.07.2011
- Acórdão *Pozzì v. Italy*, Proc n.º 55743/08, de 26.07.2011
- Acórdão *Varvara v. Italy*, Proc n.º 17475/09, de 29.10.2013
- Acórdão *Devadze and Others v. Georgia*, Proc n.ºs 21727/05, 36588/05, 31135/06 e 48989/09, 3.11.2016
- Acórdão *G.I.E.M. s.r.l. and Others v. Italy*, Procs n.ºs 1828/06, 34163/07, 19029/11, de 28.06.2018

E. Decisões da Comissão Europeia

- Decisão da Comissão *X v. Switzerland*, Proc n.º 7754/77, de 9.05.1977
- Decisão da Comissão do caso *Marandino*, Proc n.º 12386/86, de 15 de Abril de 1991

F. Acórdão dos Estados Unidos da América

- Acórdão *United States v. Halper*, 490 U.S. 435, de 1989

G. Decisões de Itália

- Acórdão *Licastro* da *Corte Suprema di Cassazione Penale, Sezione III*, de 12.11.1990
- Acórdão da *Corte Costituzionale* n.º 187/1998, 26.05.1998
- Acórdão da *Corte Suprema di Cassazione Penale, Sezione III*, n.º 20636, 30.04.2014
- Acórdão da *Corte Costituzionale* n.º 49, 14.01.2015

RESUMO

O objecto desta investigação é o método de identificar a natureza penal de uma consequência jurídica. A sua finalidade é a criação de um método para a ordem jurídica portuguesa e na sua origem esteve o nosso desconhecimento sobre qual deve ser o critério a utilizar. É, por tudo isto, um estudo de carácter predominantemente analítico sobre racionalidade argumentativa no direito penal.

Correspondendo às três partes em que se divide esta dissertação, a resposta à pergunta “A consequência jurídica x tem natureza penal?” foi dividida em três estratos ou camadas: *i) a conclusão final (primeira camada); ii) os motivos da conclusão final (segunda camada); e os motivos dos motivos, critérios dos critérios ou método do método (terceira camada).*

Num movimento ascendente, na Parte I – correspondente à *terceira camada* – conhecem-se os traços gerais da génese do confisco e da sua evolução em Portugal até aos dias de hoje, e conhece-se ainda a pergunta de estudo (“Como saber se uma consequência jurídica do ordenamento jurídico português tem natureza penal?”).

Estando em causa uma *identity question*, é definida a análise conceptual, na sua variante *descriptive project*, como o método primordial desta investigação. No final, é formada a *terceira camada*, nos termos da qual um critério de identidade, para se mostrar válido, deve seguir uma *racionalidade adequada*, e deve ser *universal, geral e seguro*.

Na Parte II – atinente à *segunda camada* –, percorre-se o caminho traçado nas vestes de um detective que procura pela verdade (e não pelo direito) no plano da estática jurídica (e não da dinâmica), em busca de um critério que cumpra com os requisitos da terceira camada. Para tal, inicialmente é analisada a jurisprudência do TEDH, em matéria de confisco, relativa à identificação da natureza penal de consequências jurídicas, que é feita através da aplicação, entre outros, dos *critérios Engel*. A conclusão retirada foi a de que estes critérios são escolhidos pelo Tribunal em função da consequência jurídica sob apreciação e ainda de que nenhum deles cumpre com os requisitos provenientes da terceira camada. Isto levou a que se desenvolvesse aqui um método de identificação de consequências jurídico-criminais para a ordem jurídica portuguesa, composto por um critério de identidade e pelo seu método de aplicação.

Através de estratégias comparativas, de resolução de problemas e paradoxos, de edificação de cenários hipotéticos e de examinação de aspectos históricos relacionados com

conceitos e seus referentes, é criado primeiramente um critério relativo à infracção. Esta sequência cronológica tem por fundamento o método de identificação das consequências jurídico-penais que segue uma trajetória semelhante à de um *bumerangue*: da consequência jurídica conhece-se a natureza jurídica da infracção e desta conhece-se a natureza jurídica da consequência (consequência jurídica \Rightarrow (natureza da) infracção \Rightarrow (natureza da) consequência jurídica).

O critério relativo à infracção é denominado de *critério da privação da liberdade* e, nos seus termos, uma infracção terá natureza penal (c) se, na previsão normativa da norma sancionatória (proibitiva ou impositiva) onde vem plasmada a infracção, estiver consagrado um *facto* (f) ou comportamento humano e se um dos seus efeitos jurídicos possíveis for a *privação da liberdade num estabelecimento prisional do Estado português ou na habitação do condenado* ($\#$), assim representado numa fórmula: $c \leftrightarrow f \wedge \#$

Se a infracção tiver natureza penal, propõe-se, no seguimento, a aplicação do critério relativo à consequência jurídica, *sc.* o *critério da gravidade do facto*, segundo o qual uma consequência jurídica tem natureza penal (Qp) se a *gravidade do facto ilícito-típico* (c') for *factor de determinação da proporcionalidade da consequência jurídica* (f^p), exposto assim: $Qp \leftrightarrow f^p (c')$

Por fim, na Parte III o método de identificação proposto é aplicado sobre algumas consequências jurídicas do ordenamento português, *sc.* o registo criminal, o confisco clássico e a perda alargada de bens, com a finalidade de demonstrar de forma teórico-prática como se aplica o método.

É este, portanto, o momento do reencontro com o confisco das vantagens e da chegada à *primeira camada*, onde estará exposta a conclusão final da resposta relativa à natureza penal de uma consequência jurídica, que seguirá um de dois sentidos possíveis:

- i) a consequência jurídica tem natureza penal;
- ii) a consequência jurídica não tem natureza penal.

ABSTRACT

The object of this research is the method for identifying the penal nature of a given legal consequence. Its finality is to develop a method valid for the Portuguese legal system. This research was motivated by my unawareness as to which criterion should be used to that effect. This is, therefore, a study of a predominantly analytical character on argumentative rationality in criminal law.

The question “Does legal consequence x have penal nature?” was unfolded into three different layers which correspond to the three different parts of the study: (i) the *final conclusion (first layer)*; (ii) the *reasons of the final conclusion (second layer)*; and (iii) the *reasons of the reasons, or the criteria of the criteria, or the method of the method (third layer)*.

In an ascending movement, Part I – on the *third layer* – addresses the origins of confiscation and its evolution in Portugal up to the present day. It addresses also the research question (“How to determine whether a given legal consequence prescribed in the Portuguese legal system has penal nature?”).

Since this constitutes as *identity question*, the method which is primordially adopted for the purposes of this study is that of conceptual analysis, in its variant of *descriptive project*. The third layer is thus established: an identity criterion, in order to be valid, must follow an *adequate rationality*, and it must be *universal, general and firm*.

Part II – on the *second layer* – evolves as a detective searching for the truth (not for the law) within legal statics (not legal dynamics), in pursuit of a criterion that meets the requirements of the third layer. It begins by examining the case law of the ECtHR on confiscation, which identifies the penal nature of legal consequences based, *inter alia*, on the *Engel criteria*. The conclusion is drawn that these criteria are selected by the Court based on the legal consequence at issue and that none of them meets the requirements of the third layer. This prompted me to develop for the Portuguese legal system a method for identifying penal consequences composed of an identity criterion and of its application method.

Through comparative strategies, problem and paradox solving, creation of hypothetical scenarios and examining of historical aspects of concepts and their referents, the study first proposes a criterion concerning the infraction. This chronological sequence is based on the method that follows a trajectory similar to that of a boomerang: from the legal consequence one infers the legal nature of the infraction, and from the latter one infers the

legal nature of the consequence (legal consequence \Rightarrow (nature of the) infraction \Rightarrow (nature of the) legal consequence).

The criterion concerning the infraction is *deprivation of liberty*, and according to it an infraction is of a penal nature (*c*) if, in the legal hypothesis of the norm (a prohibition or an imposition) where the infraction is established, a fact (*f*) or human behaviour is described and one of its possible legal effects is *deprivation of liberty in a prison facility of the Portuguese State or at the residence of the convict*. This may be represented in the formula: $c \leftrightarrow f \wedge \#$

If the infraction has penal nature, then the criterion concerning the legal consequence (*sc.*, the criterion of the *gravity of the fact*) should be applied. According to this criterion, a legal consequence is of a penal nature (*Qp*) if the *gravity of the unlawful behaviour* (*c'*) is relevant in determining the proportionality of the legal consequence (*f^p*). This may be represented in the formula: $Qp \leftrightarrow f^p (c')$

Finally, in Part III, the proposed identification method is applied to a set of legal consequences established in the Portuguese legal system, *sc.* criminal record, classic confiscation and extended confiscation, so as to illustrate the application of the method in a theoretical-practical manner.

At this point the study addresses confiscation again and it reaches the *first layer*, where the final conclusion is provided as to whether or not a legal consequence has penal nature, which has one of two possible outcomes:

- i)* the legal consequence has penal nature;
- ii)* the legal consequence does not have penal nature.